

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Casuïstiek omtrent enkele aspecten van sociale fraude in het rechtsgebied van het Arbeidshof te Antwerpen, rede uitgesproken door substituut-generaal H. L'HOMME op de plechtige openingszitting van het Arbeidshof te Antwerpen op 2 september 1997 657

HERMAN NYS, Het Verdrag Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa 666

Rechtspraak

1. Stedenbouw – Afbraak – Vergunningsplicht – **2. Raad van State** – Regularisatievergunning – Schorsing van de strafvordering – Verjaring

Cass., 4 oktober 1994 (met noot) 675

1. Rechten van verdediging – Uiteenzetting van de zaak – **2. Strafvordering** – Voorlegging van de stukken

Cass., 14 februari 1996 (met noot van A. Vandeplas, «Over de voorlezing van de stukken door de griffier») 675

Bevoegdheid en aanleg – Politierechtbank – Vergoeding van schade ontstaan uit een verkeersongeval – Uitsluitende bevoegdheid

Cass., 27 februari 1997 (met noot van Jean Laenens, «De uitsluitende bevoegdheid van de politierechtbank») 676

Werkloosheid – Recht op uitkeringen – Werkloze – Begrip – Conventioneel brugpensioen – Werkhervatting – Gevolg

Cass., 12 mei 1997 677

Voorrechten – Voorrecht verhuurder – Stofferende goederen – Schuldvordering koopprijs – Zakelijke subrogatie

Hof Antwerpen, 28 april 1997 678

Taalgebruik – Bestuurszaken – Inwoner van Sint-Genesius-Rode – Werkloosheid – Recht op uitkeringen – R.V.A. – Beslissing tot niet-toelating – Akte – Nederlands verplicht

Arbh. Brussel, 2 januari 1997 679

Faillissement – Gefailleerde – Briefwisseling – Verplichting van De Post tot afgifte

Kh. Dendermonde, afd. Sint-Niklaas, 15 april 1997 680

1. Voorrechten – Art. 20, 12°, Hyp.W. – Aanneming – Begrip – Bouwwerken – **2. Faillissement** – Art. 446 Faill. W. – Betaling – Kennis van ophouding van betaling – Beoordeling

Kh. Gent, 17 juni 1997 680

Rechtspraak in kort bestek

Rechtsmiddelen – Hoger beroep – Termijn – Berekening – Kennisgeving

Cass., 9 december 1996 (met noot van Jean Laenens, «De kennisgeving van een beslissing als vertrekpunt van een vervaltermijn») 682

Alleenverkoopwet – Arbitragebeding – Geldigheid – Voorwaarden – Toepassing Belgische Wet

Kh. Hasselt, 24 december 1996 682

Kanttekening

Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, Advies nr. 2 betreffende het Verdrag Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa 683

Boeken

J.M. Milo, Het rechtsvergelijkende argument in de ontwikkeling van het Nederlandse vermogensrecht 1838-1940. Aansprakelijkheid voor zaken, artikel 2014, publiek domein en de relativiteit van de onrechtmatige daad (door G. Suetens-Bourgeois) 686

Roland Mörsdorf, Das belgische Bundesstaatmodell im Vergleich zum deutschen Bundesstaat des Grundgesetzes (door Dirk Vanheule) 687

L.E. de Groot-Van Leeuwen en L.H.A.J.M. Quant (red.), Ethiek en het juridisch beroep (door Karen Broeckx) 687

Twee eeuwen grondwetgeving in Nederland (door G. Craenen) 688

Aangekondigd

688

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931. Hoofdredacteuren: René Victor (1931-1984), Edgar Boonen (1984-1993)

VERSCHIJNT IEDERE WEEK VAN SEPTEMBER TOT JUNI

Redactie: C. Caenepeel, A. Van Oevelen,
E. Dirix, J. Laenens, J.R. Rauws,
A. Vandeplas

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Redactieadres: V.Z.W. Rechtskundig Weekblad
Mechelsesteenweg 210 bus 6
2018 Antwerpen
(redactiesecretariaat bereikbaar
van 9 tot 12 uur)
Tel. 03/248.49.84
Fax 03/248.08.70

Vaste medewerkers:

A. Alen
F. Aps
R. Boes
Gh. Dhaeyer
J. Erauw
P. Humblet
W. Lambrechts
J. Meeusen
H. Nys
I. Opdebeek
W. Pintens
W. Rauws
D. Simoens
G. Suetens-Bourgeois
M. van Damme
S. Van Overbeke
J. Wouters

Abonnementen, advertenties: INTERSENTIA UITGEVERS N.V., Churchilllaan 108, 2900 Schoten
Tel.: 03/680.15.50 - Fax: 03/658.71.21 Abonnementprijs: 4.550 f., voor studenten 2.950 f..

DE WELZIJNSWET WERKNEMERS

De wet van 4 augustus 1996

O. VANACHTER (editor)

Omvang: 362 pag. – ISBN 90-5095-011-6 – Prijs: 2.450,-BF

De wet van 4 augustus 1996 over het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk brengt heel wat vernieuwing over de verplichtingen van de werkgevers en de werknemers met betrekking tot de veiligheid en de gezondheid op het werk. Dit boek geeft niet alleen toelichting bij deze vernieuwingen. Het brengt ook het standpunt van de verschillende betrokken partijen. Naast het standpunt van werkgevers en werknemers vindt men er ook de mening van arbeidsgeneesheren, vroegere diensthoofden VGV, enz.

Het boek bevat ook een belangrijk documentair gedeelte. Men vindt op de eerste plaats de tekst van de nieuwe wet. Per wetsartikel wordt ook de bespreking tijdens de parlementaire voorbereiding weergegeven. Op die manier is het boek een onmisbaar instrument bij de juiste interpretatie van deze belangrijke wet.

Met bijdragen van: O. Vanachter, G. Ponnet, G. Van Houte, F. Neven, D. Lahaye, J. Van de Kerckhove, H. De Lange, H. Fonck, W. Donceel, L. Van Hamme.

INTERSENTIA Uitgevers NV
Antwerpen - Groningen

Churchilllaan 108 – 2900 Schoten
☎ 03/680.15.50 – Fax 03/658.71.21

CASUISTIEK OMTRENT ENKELE ASPECTEN VAN SOCIALE FRAUDE IN HET RECHTSGEBIED VAN HET ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

Rede uitgesproken door substituut-generaal H. L'Homme op de plechtige openingszitting van het Arbeidshof te Antwerpen op 2 september 1997

I. INLEIDING

A. DEFINITIE VAN SOCIALE FRAUDE

Sociale fraude is een begrip dat veelvuldig wordt gebruikt in een te enge betekenis en dan ten onrechte wordt gelijkgesteld met misbruiken in deeldomeinen van de sociale zekerheid, zoals de werkloosheidsreglementering, de ziekte- en invaliditeitsverzekering of de pensioenwetgeving.

Sociale fraude moet nochtans in een veel ruimer kader bekeken worden, waarbij iedere ontoelaatbare manipulatie van opgelegde verplichtingen teneinde te besparen alsmede het onrechtmatig innen van sociale voordelen, in de definitie moet worden opgenomen. Sociale fraude werd in deze brede zin reeds eerder omschreven als «elk misbruik inzake het sociale zekerheidsrecht, het arbeidsrecht en de sociale bijstand, waarbij men zich tracht te onttrekken aan de lasten die de overheid oplegt of waarbij men ongerechtigd tracht te genieten van baten welke door de overheid worden verleend».¹

Onder het onttrekken van de lasten die de overheid oplegt, wordt begrepen: het ontduiken van de sociale zekerheidsbijdragen, het niet respecteren van arbeidsreglementeringen inzake gezondheid, veiligheid, rij- en rusttijden in vervoerondernemingen en milieubeschermingswetgeving, het niet betalen van fiscale en parafiscale bijdragen, alsmede tal van andere verplichte heffingen gebaseerd op het normale arbeids- en productieproces.

Het ongerechtigd genieten van baten die door de overheid worden verleend betreft niet alleen de diverse RSZ-uitkeringen, maar heeft eveneens betrekking op uitkeringen van gemeentelijke, provinciale en gewestelijke overheden, tegemoetkomingen verstrekt door intercommunales of door Gewestelijke Ontwikkelingsmaatschappijen en de Nationale Investeringsmaatschappij.

Deze ruime definitie maakt het mogelijk het gegeven van de sociale fraude in een omvattende context te plaatsen, waarbij opvalt dat de sociale fraude niet kan teruggedrongen worden tot een aspect van het sociale en economische leven, maar vertakkingen vertoont naar de meest uiteenlopende domeinen van ons sociaal-maatschappelijk en economisch stelsel.

B. SOCIALE EN FISCALE FRAUDE, TWEE ONDERDELEN VAN DEZELFDE REALITEIT

Zoals uit voornoemde definitie blijkt, is het louter academisch om de sociale fraude te gaan splitsen en de verregaande verwevenheid tussen beide vormen van fraude te negeren. De vermenging van de materies van fiscale en sociale fraude zou in de toekomst nog kunnen toenemen, naarmate de financiering van de sociale zekerheid meer gebeurt via fiscale weg.

De financiering van de sociale zekerheid is momenteel nog grotendeels op het arbeidsproces geënt, terwijl de fiscale heffingen meer gedifferentieerd gebeuren. Beide financieringsmethoden grijpen nochtans rechtstreeks in op het economisch gebeuren en «belasten» deze economische realiteit. Louter economisch bekeken zijn de heffingen, zowel van de sociale zekerheid als van de fiscale overheid, kosten die in het economisch eindproduct moeten verrekend worden. Het ontlopen van deze kosten impliceert een verminderde kostprijs, hetgeen resulteert in een voordelige economische machtspositie.

Anderzijds betekent het ontvangen van subsidies een positieve impuls, die zich weerspiegelt in een economisch voordeel. Zowel op het niveau van de bedrijfswereeld, als op het niveau van de individuele burger worden de sociale en de fiscale fraude ingegeven door economische motieven. Hierbij is het niet steeds duidelijk in hoeverre de pogingen om een gunstige positie te verwerven nog ressorteren onder de toegelaten fiscale en sociale ontwijing, dan wel reeds behoren tot het domein van de sociale en fiscale fraude.

De economische realiteit, de belastingdruk, de productiekost, de concurrentiestrijd en het spanningsveld rond de individuele koopkracht, zijn motieven die zowel tot fiscale als sociale fraude kunnen leiden. Het is daarom van belang, om zowel voor de fiscale als voor de sociale fraude, als uitgangspunt de economische realiteit te bekijken teneinde de vormen van fraude te begrijpen en te zoeken naar een antwoord dat voldoende rekening houdt met de economische realiteit die schuilgaat achter de soms zeer complexe reglementering.

C. SCHIJNZELFSTANDIGEN EN SCHIJNWERKNEMERS ALS VERSCHIJNINGSVORMEN VAN SOCIALE FRAUDE OF (niet toegelaten) SOCIALE ONTWIJKING

Een van de vormen van sociale fraude die de afgelopen 10 jaar aanzienlijk is toegenomen, is het fenomeen van de «schijnzelfstandigen». Het handelt om werknemers die slechts in theorie het statuut van zelfstandigen hebben gekozen of

¹ PACOLET, J. en GEEROMS, H., «Sociale fraude in België. Situeering, vormen en omvang», in *De sociale zekerheid verzekerd? Referaten van het 22ste Vlaams Wetenschappelijk Congres*, DESPONTIN, M. en JEGERS, M. (ed.), Brussel, V.U.B., 1995, 619-670.

gekrege en aldus ten onrechte voor de sociale zekerheid verzekerd zijn als zelfstandigen (in hoofdberoep of in bijberoep). De werkelijkheid van hun arbeidsprestaties toont aan dat zij op dezelfde wijze als gewone werknemers arbeid verrichten voor een werkgever.²

Het fenomeen van schijnzelfstandigen duikt op in diverse domeinen van de arbeidsmarkt, hetgeen het opsporen van deze vorm van sociale fraude uiteraard bemoeilijkt en het efficiënt optreden van de overheid verhindert.³ Anderzijds zijn er zelfstandigen die willen genieten van de grotere waarborgen die verbonden zijn aan het statuut van werknemer. Deze zelfstandigen creëren voor zichzelf een arbeidsovereenkomst, maar blijven *de facto* ageren op een wijze die niet verenigbaar is met de basisbestanddelen van een arbeidsovereenkomst.

Teneinde een inzicht te verwerven in de specifieke vorm van sociale fraude die de schijnzelfstandigen en schijnwerknemers uitmaken, is het noodzakelijk om in kort bestek twee items te bespreken, zijnde enerzijds de redenen om zich ten onrechte als zelfstandige of werknemer voor te doen en anderzijds het bestaan van kwalificatieproblemen om uit te maken welke personen als zelfstandigen of als werknemers moeten beschouwd worden.

1° ENKELE REDENEN OM HET STATUUT TE FINGEREN

Allereerst dient te worden vastgesteld dat de sociale bijdragen die een werkgever voor een werknemer in ondergeschikt verband moet betalen, zeer hoog kunnen oplopen. De totale loonkost kan in diverse sectoren gemakkelijk oplopen tot 175% van het brutoloon. Voor de werkgever-opdrachtgever zijn er niet onaanzienlijke financiële voordelen aan verbonden om bepaalde werknemers te werk te stellen in het statuut van zelfstandigen. De werkgeveropdrachtgever dient enkel te betalen voor de geleverde prestaties en dient zich niet te houden aan de beschermende reglementering die aan de individuele arbeidsovereenkomsten verbonden is.

De werknemer-schijnzelfstandige wordt meestal gelokt door de relatief hoge verdiensten, die nochtans na aftrek van alle kosten en bijdragen die de zelfstandige moet verrichten, meestal netto niet groter zijn dan hetgeen hij als werknemer zou ontvangen. Hij heeft daarnaast de mogelijkheid om een gedeelte van zijn prestaties niet te factureren of te laag te factureren en zodoende een deel van zijn arbeidsinkomen «in het zwart» te ontvangen. Aldus kan deze werknemer-schijnzelfstandige ontsnappen aan de directe belastingen, hetgeen steeds belangrijker wordt, naarmate de belastingdruk toeneemt.

Er zij eveneens opgemerkt dat een aantal werknemers op de algemene arbeidsmarkt steeds minder kansen krijgen, zodat zij noodgedwongen kiezen voor een statuut van schijnzelfstandigen, teneinde een arbeidsactiviteit te kunnen uitoefenen. Uit noodzaak doen deze werknemers-schijnzelf-

standigen afstand van een voordeliger sociaal statuut als werknemer. Zoals reeds eerder vermeld zijn de sociale voordelen en waarborgen verbonden aan het statuut van werknemer veel ruimer dan de meer beperkte sociale verzekeringen voorzien voor de zelfstandigen.

De schijnwerknemers onderwerpen zich meestal kortstondig aan het statuut van werknemer, met de bedoeling nadien ten volle te kunnen genieten van voornoemde sociale voordelen verbonden aan dit statuut.

Het fingeren van een statuut van werknemer of zelfstandige wordt derhalve uitsluitend ingegeven door financieel-economische motieven, die het voor de betrokkenen aantrekkelijk maken een ander statuut te hebben dan datgene waaronder zij ingevolge hun feitelijke arbeidsrelatie zouden ressorteren.⁴

2° KWALIFICATIEPROBLEMEN RESULTEREN IN GRIJZE SCHEMERZONE

Het sociaal statuut der zelfstandigen is van toepassing op zelfstandigen en is van openbare orde,⁵ maar de criteria die in aanmerking worden genomen om te bepalen wie het statuut van zelfstandige heeft, zijn zeer rekbaar en weinig afgelijnd.

In de rechtsleer en de rechtspraak maakt men een onderscheid tussen het sociologisch en het fiscaal criterium om de personen aan te duiden die in België als zelfstandigen moeten worden beschouwd. Het sociologisch criterium primeert op het fiscaal criterium, maar in geval van twijfel en voornamelijk om administratief-praktische redenen heeft het fiscaal criterium alleszins een grote bewijswaarde.⁶ Het sociologisch criterium stelt dat onder zelfstandige wordt verstaan elk natuurlijk persoon die in België een beroepsactiviteit uitoefent zonder hiervoor verbonden te zijn door een arbeidsovereenkomst of een statuut.

Negatief wordt de zelfstandigheid dus gedefinieerd door de afwezigheid van een arbeidsovereenkomst of een statuut. Positief moet er sprake zijn van de uitoefening van een beroepsbezigheid.⁷

Omdat zowel de werknemer in ondergeschikt verband als de zelfstandige beiden arbeid uitoefenen tegen betaling, ligt het onderscheid van de uitgevoerde arbeid in de gezagverhouding. De werknemer in ondergeschikt verband oefent de arbeid uit onder leiding, gezag en toezicht van de werkgever. Het behoeft geen betoog dat het gebruikte sociologisch criterium zo vaag en rekbaar is, dat de toepassing ervan leidt tot eindeloze discussies of een bepaalde activiteit al dan niet wordt uitgeoefend als werknemer of als zelfstandige.

Het fiscaal criterium wordt in de rechtsleer omschreven als een vermoeden «*juris tantum*» voor bewijsslevering van de

² DENÈVE, C., «Schone schijn», in «(Schijn)zelfstandigen aan banden», *Arbbl.*, 1995, afl. 18, 5-7.

³ BECK, L., BLOMME, F., COENE, J., DERUDDER, W., HEYNEN, J., JADOT, C., KEIRSE, H., LOENDERS, G., MADOU, J., SMETS, J.-P., VANDEN BROECK, P., en VERBEKE, D., in «Een staalkaart van zwart en grijs – Valse zelfstandigen en zwartwerk», in «*De sociale fraude in het zoeklicht*», *Arbbl.*, 1993, afl. 11, 23-5.

⁴ VANDEN BROECK, P., «Een schets van het terrein», in «(Schijn)zelfstandigen aan banden», *Arbbl.*, 1995, afl. 18, 8-16.

⁵ Art. 3 e.v. K.B. nr. 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen, *Arbh. Gent*, 5 oktober 1993, *Soc. Kron.*, 1994, 187, met verwijzing naar Cass., 19 maart 1891, *Pas.*, 1891, I, 94 en Cass., 8 oktober 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 159.

⁶ Cass., 23 februari 1987, *J.T.T.*, 1987, 253.

⁷ SIMOENS, D., «Knelpunten in het toepassingsgebied van de sociale zekerheidsregelingen voor werknemers en zelfstandigen», *T.P.R.*, 1987, 91-159.

uitoefening van een zelfstandige beroepsactiviteit.⁸ Dit criterium is dus een bijkomend criterium dat het mogelijk maakt de zelfstandigen gemakkelijker te identificeren, maar het komt slechts in aanmerking voor zover het niet door de sociologische realiteit wordt tegengesproken.⁹ Het fiscaal vermoeden geldt bijvoorbeeld door een niet-betwiste taxatie van de inkomsten.¹⁰

De wisselwerking tussen het sociologisch en het fiscaal criterium leidt tot nieuwe kwalificatieproblemen, zodat een aantal uitgevoerde beroepsactiviteiten zich in een grijze scheidingszone bevinden, waarbij enkele details de doorslag geven of de beroepsactiviteit als zelfstandige of dan wel als werknemer moet beschouwd worden.

Zowel in de rechtsleer als in de rechtspraak wordt gezocht naar objectieve elementen om de betwiste beroepsactiviteiten te kwalificeren, waarbij nochtans niet steeds gelijklopend wordt geargumenteerd en geoordeeld.¹¹

⁸ DUBOIS, B., «Sociale zekerheid en economisch recht», in *Raakvlakken tussen sociale zekerheid en administratief recht, internationaal privaatrecht, personenrecht, economisch recht, procesrecht*, II, Instituut voor sociaal recht, nr. 35, K.U. Leuven, Brussel, Larcier, 1979, 152-162.

⁹ Cass., 10 november 1986, *Arr. Cass.*, 1986-87, 335 en *J.T.T.*, 1987, 84.

¹⁰ Arbrb. Antwerpen, 18 april 1986, *T.S.R.*, 1986, 381.

¹¹ Cass., 16 oktober 1972, *Pas.*, 1973, I, 165; Cass., 16 januari 1978, *Arr. Cass.*, 1977-78, 583; Cass., 15 februari 1982, *R.W.*, 1982-83, 2210; Cass., 22 april 1982 (Cie d'assurance d'Anvers Securitas en Le Phenix Belge v. Vande Meersche), onuitg., nr. 6308; Cass., 17 mei 1982 (O.N.S.S. v. S.A. Lever), onuitg., nr. 6532; Cass., 10 december 1984, *Arr. Cass.*, 1984-85, 222; Cass., 2 december 1985, *Arr. Cass.*, 1985-86, 221 en *R.W.*, 1985-86, 2915; Cass., 10 november 1986, *J.T.T.*, 1987, 84; Cass., 18 juni 1990, *Soc. Kron.*, 1991, 14; Cass., 17 april 1992, *Soc. Kron.*, 1992, 320; Cass., 2 november 1992, *R.W.*, 1992-93, 960; Cass., 7 september 1992, *Soc. Kron.*, 1993, 13; Cass., 2 mei 1993, *J.T.T.*, 1993, 376; Antwerpen, 23 september 1992 (O.M. v. Hertogen R. en Caubergs L.), onuitg., nr. 1153/92; Antwerpen, 28 juni 1996 (O.M. v. Motmans P.), onuitg., A.R. nr. 950/96; Arbrb. Luik, 14 februari 1974, *Jur. Liège*, 1974-75, 146; Arbrb. Brussel, 23 oktober 1991, *Soc. Kron.*, 1992, 19; Arbrb. Luik, 7 mei 1992, *J.T.T.*, 1993, 156; Arbrb. Antwerpen, 19 maart 1993, *J.T.T.*, 1994, 215; Arbrb. Brussel, 2 juni 1993, *J.T.T.*, 1994, 358; Arbrb. Luik, 11 maart 1994, *J.T.T.*, 1994, 262; Arbrb. Antwerpen, 9 februari 1996 (N.V. Parking Breidel v. R.S.Z.), onuitg., A.R. nr. 132/95; Arbrb. Antwerpen, 14 juni 1996 (B.V.B.A. Clean Immo v. R.S.Z.), onuitg., A.R. nr. 508/95; Arbrb. Antwerpen, 10 januari 1997 (C.V. Euro Services v. R.S.Z.), onuitg., A.R. nr. 83/95; Corr. Tongeren, 19 september 1990 (O.M. v. Remy J.M., Stockmans H. en C.V. Security Mediation Company), onuitg., nr. 1363, Not. nr. 75889; Corr. Tongeren, 19 september 1990 (O.M. v. Festjens L., Lavette F. en C.V. Sanrad), onuitg., nr. 1354, Not. nr. 32289; Corr. Turnhout, 9 juni 1992 (O.M. v. Onsta L. en N.V. Pecotex-mode), onuitg., nr. 1602, Not. nr. 4191; Corr. Tongeren, 17 november 1993 (O.M. v. Verheyden P. en B.V. Verheyden Electriciteitswerken), onuitg., nr. 2099, Not. nr. 40692; Corr. Tongeren, 21 december 1994 (O.M. v. Motmans P.), onuitg., nr. 2423, Not. nr. 134493; Corr. Tongeren, 28 juni 1995 (O.M. v. Lucas J.), onuitg., nr. 1172, Not. nr. 97394; Arbrb. Mechelen, 13 maart 1985 (R.M.Z. v. Van Den Broeck J.), onuitg., A.R. nrs. 29828, 30325 en 31354; Arbrb. Turnhout, 21 maart 1986 (Fierens A. v. R.V.A.), onuitg., A.R. nr. 9716; Arbrb. Turnhout, 27 juni 1986 (Fierens A. v. R.V.A.), onuitg., A.R. nr. 9961; Arbrb. Mechelen, 6 november 1990 (R.S.Z. v. N.V. Transport J. Verschaeren), onuitg., A.R. nrs. 42231, 44073 en 45663; Arbrb. Turnhout, 16 april 1993 (Van Loy D. v. R.V.A.), onuitg., A.R. nr. 16102; Arbrb. Mechelen, 2 november 1994 (R.S.Z. v.

De kwalificatieproblemen scheppen de mogelijkheid om misbruik te maken van de rekbare kwalificatiecriteria, zodat werkgevers, werknemers-schijnzelfstandigen en schijnwerknemers te kwader trouw een arbeidsrelatie kunnen figneren die niet overeenstemt met de arbeids- en economische realiteit.

II. BESPREKING VAN ENKELE GEVOLGEN VAN HET VERSCHIJNSEL SCHIJNZELFSTANDIGEN EN SCHIJNWERKNEMERS BEKEKEN VANUIT VRIJ RECENTE RECHTSPRAAK, UITGESPROKEN DOOR HET ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

A. DE GEBONDENHEID VAN DE BURGERLIJKE RECHTER AAN HETGEEN DOOR DE STRAFRECHTER ZEKER EN NOODZAKELIJK WERD BESLIST

De problematiek van schijnzelfstandigen en schijnwerknemers geeft uiteraard aanleiding tot strafrechtelijke procedures, waarvan het resultaat een invloed kan hebben op de afhandeling van de onderliggende burgerrechtelijke geschillen.¹²

C.V. Euro Services), onuitg., A.R. nrs. 49537, 50673 en 56640; Arbrb. Mechelen, 14 december 1994 (R.S.Z. v. Al Garda), onuitg., A.R. nr. 54426; Arbrb. Mechelen, 3 mei 1995 (R.S.Z. v. Pitocco L.), onuitg., A.R. nr. 50804; Arbrb. Mechelen 3 mei 1995 (R.S.Z. v. P.V.B.A. Ambulancedienst Putte), onuitg., A.R. nr. 39939; Arbrb. Tongeren, 11 januari 1996 (R.S.Z. v. N.V. Alltherm), onuitg., A.R. nr. 2968/92; Arbrb. Turnhout, 2 februari 1996 (Druyts F. v. R.V.A.), onuitg., A.R. nr. 19635; Arbrb. Turnhout, 27 juni 1996 (R.S.Z. v. Van Pelt J.), onuitg., A.R. nr. 47004.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civile Belge*, IV, Brussel, Bruylant, 1972, nr. 845; SCHATTEMAN, J. en VANDEN BROECK, P., «Het onderscheid tussen werknemer en zelfstandige in de rechtspraak», *Arbbl.*, 1995, afl. 18, 24-47; VAN LIMBERGHE, G., «Schijnzelfstandigen quasi werknemers, loze werkgevers en neo-koppelbazen, naar een kwalificatietheorie», *R.W.*, 1991-92, 65-76; VANACHTER, O., «Arbeid in ondergeschikt verband», in *Aanwerven, tewerkstellen, ontslaan*, MERGITS, B., VANACHTER, O., VAN EECKHOUTTE, W. en VOTQUENNE, D. (ed.), Antwerpen, Kluwer, I, 101, 10; VAN REGENMORTEL, A., «Onderscheid tussen werknemer en zelfstandige», in *Actuele problemen van het sociale zekerheidsrecht*, VAN STEENBERGE, J. en VAN REGENMORTEL, A. (ed.), studiedag U.I.A., Brugge, Die Keure, 1995, 31-100; VAN EECKHOUTTE, W., *Sociaal Compendium-1991-Arbeidsrecht met fiscale notities*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 294; COX, G. en WEYNS, M., *Arbeidssovereienkomstengids*, Antwerpen, Kluwer, p. 18, nr. 13; ENGELS, C., *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1989, 131; *Anthologie van de cassatierechtspraak in sociale zaken*, Huldeboek Prof. Dr. H. LENAERTS, VAN EECKHOUTTE, W., (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1988, 100 e.v.

¹² Als werkgever, aangestelde of lasthebber, geen individuele rekening te hebben opgemaakt voor de werknemer alsmede de werknemer niet te hebben ingeschreven in het personeelsregister, (art. 2, tweede lid, art. 3, tweede lid, art. 5, tweede lid en art. 7, tweede lid K.B. 8 augustus 1980 betreffende het bijhouden van sociale documenten, *B.S.*, 27 augustus 1980; art. 5, eerste lid, art. 11, lid 1a en f, art. 11bis en 15ter K.B. nr. 5, 23 oktober 1978 betreffende het bijhouden van sociale documenten, *B.S.*, 23 oktober 1978).

Als werkgever, aangestelde of lasthebber verzuimd te hebben bij de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid tijdig volledige aangifte te doen van het bedrag van de verschuldigde bijdragen (art. 21 en 35 Wet 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944

Wanneer een strafrechtelijke procedure hangende is die raakvlakken vertoont met het statuut van werknemer of werkgever, wordt het resultaat van deze strafrechtelijke procedure door de burgerlijke rechter afgewacht, met de bedoeling om rekening te houden met het strafrechtelijk gewijsde.

Omtrent het algemene beginsel inzake het *erga omnes*-karakter van het strafrechtelijk gewijsde bestaat er geen discussie. De burgerlijke rechter aanvaardt dat het gezag *erga omnes* van het strafrechtelijk gewijsde een algemeen rechtsbeginsel is, dat afgeleid wordt uit verschillende bepalingen van het Wetboek van Strafvordering.¹³ Dit rechtsbeginsel raakt de openbare orde en moet derhalve door de burgerlijke rechter ambtshalve worden opgeworpen.

Anderzijds wordt eveneens aanvaard dat het rechtsbeginsel niet onbepaald is en het gezag *erga omnes* van het strafrechtelijk gewijsde enkel geldt omtrent hetgeen de strafrechter zeker en noodzakelijk heeft beslist.¹⁴ De burgerlijke rechter heeft derhalve de plicht om na te gaan welke feiten door de strafrechter werden beoordeeld, waarna de burgerlijke rechter enkel omtrent dezelfde feiten de uitspraak van de strafrechter nauwgezet moet respecteren. Het principe staat derhalve nergens ter discussie, maar enkel inzake de beoordeling van wat exact door de strafrechter werd gezegd kunnen verschillen ontstaan.

Een fundamenteel discussiepunt, waaromtrent geen eensgezindheid bestaat betreft de toepassing van artikel 6, eerste lid, van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens, overeenkomstig het rechtsbeginsel van het gezag *erga omnes* van het strafrechtelijk gewijsde.

Sedert het cassatiearrest van 15 februari 1991¹⁵ werd het gezag *erga omnes* van het strafrechtelijk gewijsde ten aanzien van een later geding voor de burgerlijke rechter sterk genuanceerd, wanneer dit gezag het bij artikel 6, eerste lid, van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, gewaarborgd recht van eenieder op een eerlijke behandeling van zijn zaak in gedrang brengt. In een later geding betreffende zijn burgerlijke rechten en verplichtingen mag aan een derde, die geen partij was in het strafgeding, het tegenbewijs van een feitelijk gegeven waaromtrent zijn tegenpartij het gezag van het rechtelijk gewijsde *erga omnes* opwerpt, niet worden ontzegd, wanneer de toepassing van dit algemeen rechtsbeginsel in strijd is met de toepassing van artikel 6, eerste lid van dit Verdrag.¹⁶

betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, B.S., 30 december 1944).

¹³ In het bijzonder uit artikel 4 van de voorafgaande titel van dat wetboek.

¹⁴ Cass., 7 september 1987, *Soc. Kron.*, 1988, 10; Arbh. Antwerpen, 12 april 1994 (R.S.Z. v. N.V. Hermania), onuitg., A.R., nr. 385/89; Arbh. Antwerpen, 15 december 1974 (Landsbond Liberale Mutualiteiten v. Somers), onuitg., A.R., nr. 593/90; Arbh. Antwerpen, 24 april 1995 (Tavormina v. Megens, B.V.B.A. Unity Sound en R.S.Z.), onuitg., A.R., nrs. 476/93 en 51/94).

SCHÉPENS, E., «Het gezag van gewijsde van strafrechtelijke uitspraken», *R.W.*, 1968-69, 1168, nrs. 20 en 23.

¹⁵ *R.W.*, 1991-92, 15 (in voltallige zitting op eensluidende conclusie van de advocaat-generaal D'Hoore, G.).

¹⁶ Artikel 6 E.V.R.M. bepaalt onder meer: «Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen en bij het bepalen van

Zich basierend op het cassatiearrest 15 februari 1991 ontstaat de polemiek of een strafrechtelijke vrijspraak omtrent het verzuimd te hebben bij de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid tijdig en volledig aangifte te doen van het bedrag van de verschuldigde bijdragen, al dan niet moet leiden tot de afwijzing van de burgerlijke vordering van de R.S.Z. tot betaling van deze bijdragen.¹⁷

De juridische vragen die hierbij moeten worden opgelost luiden dan ook:

- of de R.S.Z. al dan niet als een derde partij moet beschouwd worden, wanneer de R.S.Z. in de voorafgaande strafrechtelijke procedure niet is opgetreden?

- en in hoeverre de rechten van de R.S.Z. in toepassing van artikel 6 van het E.V.R.M. kunnen geschonden zijn, wanneer de vorderingen van de R.S.Z. door de burgerlijke rechter werden afgewezen op basis van een strafrechtelijke uitspraak waarin de R.S.Z. niet actief is opgetreden?

Het antwoord op bovengestelde vragen heeft binnen het Arbeidshof te Antwerpen tot tegengestelde rechtspraak geleid.

In een tussenarrest van 12 april 1994¹⁸ besloot het arbeidshof dat indien de R.S.Z. niet is opgetreden tijdens de strafrechtelijke procedure, de R.S.Z. geen partij is geweest in het strafgeding en zodoende ten aanzien van dat geding een derde is. Het gezag *erga omnes* van de strafrechtelijke uitspraak kan volgens het aangehaalde cassatiearrest niet worden tegengeworpen aan de R.S.Z., omdat de R.S.Z. in de onmogelijkheid is geweest aan tijdens de strafrechtelijke procedure haar middelen kenbaar te maken.

Anderzijds werd door het Arbeidshof te Antwerpen geoordeeld dat de R.S.Z. in de strafrechtelijke procedure de mogelijkheid heeft gehad om op te treden, zodat de beleidsopatie om dit niet te doen niet kan worden aangewend om zich nadien in de burgerlijke procedure te beroepen op artikel 6 van het E.V.R.M.¹⁹ In dit arrest wordt geargumenteerd dat de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, het openbaar ministerie en de verdachte gelijke kansen hebben gekregen om elk feitelijk gegeven te weerleggen²⁰ temeer daar de R.S.Z. zelf de nodige informatie ter vervolging verschaft heeft aan het openbaar ministerie. Vervolgens stelt dit arrest dat de rechten van de R.S.Z., als openbare instelling, voldoende gewaardeerd zijn door de wetgever,²¹ door het verplicht vorderen van het openbaar ministerie en door de strafrechter die verplicht is ambtshalve te veroordelen. Tegen het laatstgenoemd arrest van het arbeidshof werd door de R.S.Z. cassatieberoep aangetekend.

de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvordering heeft eenieder het recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld»

¹⁷ BOES, M., *Administratieve sancties en art. 6 E.V.R.M. in België*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1989, 16.

¹⁸ Arbh. Antwerpen, 12 april 1994 (R.S.Z. v. N.V. Hermania), onuitg., A.R., nr. 385/89.

¹⁹ Arbh. Antwerpen, 24 april 1995 (R.S.Z. v. N.V. Activa), onuitg., A.R., nr. 355/93.

²⁰ DECLERCO, R., «Feit en kwalificatie in de strafrechtspleging», in *Strafrecht voor strafpractici*, IV, Leuven, Acco, 1991, 240.

²¹ Artikelen 11bis Sociale Documentenwet en 35 R.S.Z.-Wet.

Het Hof van Cassatie sprak op 7 oktober 1996²² een opmerkelijk arrest uit, waarin het Hof van Cassatie evenwel niet heeft geoordeeld omtrent de vraag of de R.S.Z. al dan niet als «een derde» moet worden beschouwd ten opzichte van de strafrechtelijke procedure waaraan zij niet actief heeft deelgenomen.

Het Hof van Cassatie was van oordeel dat een geschil omtrent de betaling of terugbetaling van bijdragen, bijdrageopslagen en intresten, geen geschil betreft over burgerlijke rechten en verplichtingen in de zin van artikel 6.1. van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden. De R.S.Z. kan zich derhalve niet beroepen op artikel 6.1. dat aan eenieder het recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak waarborgt bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen, ten einde het algemeen rechtsbeginsel van het gezag *erga omnes* van het strafrechtelijk gewijsde te betwisten.

Het cassatiearrest van 7 oktober 1996 lijkt de draagwijdte van het cassatiearrest uitgesproken op 15 februari 1991, alleszins te hebben beperkt, door op een ondubbelzinnige wijze de rechten van de rijksinstellingen uit te sluiten van het toepassingsgebied van artikel 6 E.V.R.M..

Het algemeen rechtsbeginsel van het gezag *erga omnes* van het strafrechtelijk gewijsde, is weliswaar niet onbeperkt, maar blijft zijn geldingskracht in belangrijke mate behouden, zeker nu geoordeeld werd dat de vordering uitgaande van de R.S.Z. tot betaling van bijdragen, geen geschil betreft over burgerlijke rechten en plichten in de zin van artikel 6.1. van het E.V.R.M.

B. DE RELATIE TUSSEN HET STATUUT VAN (SCHIJN)ZELFSTANDIGE OF (SCHIJN)-WERKNEMER EN DE ZIEKTE- EN INVALIDITEITSVERZEKERINGEN

Reeds eerder werd vermeld dat een zelfstandige soms opteert om zichzelf als een werknemer te laten inschrijven, met de bedoeling om na (kort) tijdsverloop sociale uitkeringen te verkrijgen in het statuut van werknemer.

Een sociaal statuut kan nochtans niet «à la carte» worden gekozen, zodat zelfs na verloop van een relatief lange periode, de R.S.Z. kan beslissen om het door betrokkene opgegeven statuut niet te aanvaarden. De interne werkdocumenten van de R.S.Z. bepalen onder meer dat het sociaal statuut voortvloeit uit het wettelijk statuut dat eigen is aan de soort gesloten overeenkomst.

De «wil der partijen» die de overeenkomst sluiten kan dus een interessant element zijn als richtsnoer, maar de wet op de arbeidsovereenkomsten heeft nog steeds een dwingend karakter.²³ Het sociaal statuut blijft dus in hoofdorde afhangen van de werkelijke aard van de juridische band tus-

sen partijen.²⁴ Het is derhalve mogelijk dat een schijnwerknemer, gedurende een periode sociale uitkeringen als werknemer heeft ontvangen en dat nadien slechts door de diensten van de R.S.Z. wordt vastgesteld dat de betrokkene «*de facto*» een zelfstandige is.

Zo oordeelde het Arbeidshof te Antwerpen²⁵ dat een voormalig zaakvoerder niet als werknemer kan beschouwd worden indien hij als werknemer dezelfde bevoegdheden is blijven uitoefenen en er *de facto* geen verschil was waar te nemen met de arbeidsactiviteiten die hij voordien als zaakvoerder verrichtte. In voornoemd geval had de vader, zaakvoerder, de zaak overgemaakt aan zijn zoon, maar zichzelf tewerkgesteld in de overgedragen B.V.B.A. Kort nadien werd de vader, voormalig zaakvoerder, in de hoedanigheid van werknemer, arbeidsongeschikt en ontving hij als werknemer ziekte- en invaliditeitsuitkeringen. Uit de stukken van het administratief dossier bleek nochtans dat de vader, voormalig zaakvoerder, ook na de overname van de B.V.B.A., de feitelijke leiding in het bedrijf uitoefende.

Het Hof oordeelde dat het statuut van de vader-werknemer een schijnstatuut betrof en dat de vader nooit onder leiding, gezag en toezicht in het bedrijf werd tewerkgesteld. De onrechtmatige aansluiting bij de sociale zekerheid als werknemer impliceerde *in casu* dat de betrokkene ten gevolge van bedrog ten onrechte prestaties had ontvangen van de verzekering voor geneeskundige verzorging en dat de betrokkene derhalve verplicht was de waarde van deze prestaties te restitueren.²⁶ De gevolgen van een dergelijke terugbetaling en het regulariseren van alle bijdragen volgens het werkelijke tewerkstellingsstelsel, geeft aanleiding tot verwarring, tot wrevel bij de betrokkenen en tot een toestand van rechtsonzekerheid.²⁷

In de rechtsleer pleiten diverse auteurs ervoor dat de wetgever zou tussenkomen teneinde op een meer doeltreffende wijze de schijnzelfstandigen en schijnwerknemers te kunnen ontmaskeren.

Een eerste stap in deze richting lijkt trouwens gezet bij Koninklijk Besluit van 25 januari 1991²⁸, waarbij de zogenaamde «knipperlichtprocedure» werd ingevoerd.²⁹ De essentie

²⁴ AERTS, M., *Schijnzelfstandigen: een voorzichtige benadering*, Werkdocument Inspectiedienst Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, Brussel, september 1995.

²⁵ Arbh. Antwerpen, 15 december 1994 (Landsbond Liberale Mutualiteiten v. Somers), onuitg., A.R., nr. 593/90.

²⁶ Art. 45, § 1, 1°, a, Wet 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering; art. 1, § 1, Wet 27 juni 1969 tot herziening van de Besluitwet 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders; Cass., 19 maart 1979, *R.W.*, 1979-80, 1514; VAN LIMBERGHE, G., *l.c.*, (11), 73.

²⁷ Arbh. Antwerpen, 11 januari 1996 (N.V. Immo Z en Zeeuws v. R.S.Z.), onuitg., A.R., nr. 433/94.

²⁸ B.S., 16 april 1991.

²⁹ VAN REGENMORTEL, A., *l.c.*, (11), p. 98, nr. 64; DHAeyer, H. en DE BLANDER, R., *Werknemers of zelfstandigen?* Securex, 1995; VAN EECKHOUTTE, W., *Sociaal Compendium 1995-96*, Sociale zekerheidsrecht met fiscale notities, I, Antwerpen, Kluwer, 1995, p. 328, nr. 13.204; HEYNEN, J., KEIRSE, H., RAEKELBOOM, M. en THUIS, J., «De ervaringen van de inspectiediensten» (De knipperlichtprocedure: een grotere pakkans?), in «*(Schijn)zelfstandigen aan banden*», *Arbbl.*, 1995, afl. 18, 18; VAN HOOGENBEMT, H., «Oplossing voor pseudo-

²² Cass., 7 oktober 1996, *Soc. Kron.*, 1997, 2, 63-65.

²³ Arbh. Luik, 13 januari 1994, *J.T.T.*, 1994, 266; Arbh. Brussel, 24 november 1994, *J.T.T.*, 1995, 98; Arbh. Bergen, 8 december 1994, *J.T.T.*, 1995, 240; Arbh. Luik, 3 mei 1995, *J.T.T.*, 1996, 22; RASSCHAERT, K., «Schijnzelfstandigen: recente tendens in de rechtspraak hecht meer en meer belang aan de door de partijen gegeven kwalificatie», in *TOPICS*, Ced Samsom, A.V.I. Ontslag nr. 26.3.

van deze procedure bestaat erin dat in bepaalde gevallen bij overschakeling van een werknemersstatuut naar een zelfstandigenstatuut een overleg tussen de R.S.Z. en de R.S.V.Z. plaatsvindt en op basis van dit overleg de voorgenomen overschakeling al dan niet wordt aanvaard. Deze procedure creëert alleszins een grotere rechtszekerheid. Indien immers in gezamenlijk overleg met R.S.Z. en R.S.V.Z. een bepaalde beslissing wordt genomen en derhalve tot een bepaald sociaal statuut wordt besloten, dan mag worden verwacht dat deze kwalificatie door deze instellingen niet meer zal worden betwist. Een dergelijke beslissing is trouwens een bestuurshandeling die het voorwerp moet zijn van een uitdrukkelijke en afdoende motivering, wat een verwijzing veronderstelt naar de feiten en de toepasselijke juridische regelen, en vereist dat het verband duidelijk wordt gemaakt tussen deze elementen en de beslissing.³⁰

Er zij opgemerkt dat de knipperlichtprocedure uitsluitend geldt bij een overschakeling van een werknemersstatuut naar een zelfstandigenstatuut en dat er geen controleprocedure bestaat in de omgekeerde richting. Sedert het K.B. van 25 januari 1991 heeft de wetgever geen verdere initiatieven ontwikkeld teneinde preventief de kans op betwistingen in te perken.

In de rechtsleer werden nochtans meerdere mogelijkheden gesuggereerd, waarbij de door de partijen gegeven kwalificatie van de arbeidsrelatie ter goedkeuring aan de R.S.Z. en R.S.V.Z. zou worden voorgelegd. Een dergelijk systeem zou het voordeel bieden dat alle partijen vooraf bij de gekozen kwalificatie worden betrokken en dat hiermede de kans op vaak tijdrovende en dure procedures wordt verkleind.³¹

C. PERSONEN DIE EEN RUSTPENSIOEN GENIETEN EN ALS BIJBEROEP EEN (SCHIJN)-ZELFSTANDIGE ACTIVITEIT UITOEFENEN

Personen die een rustpensioen genieten, verkeren soms in de situatie waarbij het hen toegelaten is een supplementair inkomen te verwerven. Hierbij wordt er meermaals voor gekozen om de activiteiten in het raam van een zelfstandig beroep te organiseren.

In dit korte overzicht van recente rechtspraak van het Arbeidshof te Antwerpen wil ik twee markante zaken vermelden, waarin het Arbeidshof de arbeidsrelatie tussen gepensioneerde en werkgever als een arbeidsovereenkomst in ondergeschikt verband beoordeelde en zodoende de opgegeven zelfstandige bedrijvigheid niet kon aanvaarden.

Een eerste geval betrof de tewerkstelling van drie parkeerwachters die zogenaamd op zelfstandige basis werden tewerkgesteld.³²

Het bedrijf dat de bewakingsopdrachten uitvoerde, had een aantal parkeerwachters tewerkgesteld in ondergeschikt

verband, maar telkens als een van de werknemers in ondergeschikt verband plotseling onbeschikbaar werd, deed het bedrijf een beroep op een van de drie parkeerwachters die dan op zelfstandige basis de opdracht uitvoerde. De zelfstandige parkeerwachters, onder wie een gepensioneerde voormalige parkeerwachter van het bedrijf, beweerden dat zij als zelfstandigen de arbeid uitvoerden, omdat zij telkens per bewakingsopdracht een aannemingsovereenkomst sloten, dat zij tijdens het werk geen instructies kregen of gecontroleerd werden en dat zij een veel hoger uurloon factuureerden dan het gewone uurloon dat een parkeerwachter in ondergeschikt verband ontvangt.

Het Arbeidshof oordeelde dat alle parkeerwachters als werknemers in ondergeschikt verband moeten worden beoordeeld, daar de aard van de activiteit een strakke procedure impliceert, uitgevoerd in het uniform van de klanten.³³ Een eigen inhoud geven aan de arbeid is quasi uitgesloten, daar de opdracht zich beperkt tot het uitvoeren van een aantal strikte instructies. De omstandigheid dat ter plaatse geen effectief gezag wordt uitgeoefend, is niet contradictorisch met de potentiële maar reële gezagcapaciteit van de werkgever.

De omstandigheid dat de parkeerwachters de mogelijkheid hadden een vervanging te aanvaarden of te weigeren, is niet doorslaggevend. Er wordt inderdaad niet beweerd dat de betrokkenen verbonden waren met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur. De verhouding tussen de werkgever en de (schijn)zelfstandige parkeerwachters dient veeleer te worden beschouwd als een opeenvolging van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde duur of duidelijk omschreven werk. Bij het aangaan van zulke overeenkomst is elke werknemer vrij deze al dan niet aan te gaan.

De inhoud van de activiteit was echter het «bemannen» van een onderdeel van het «productieproces» eigen aan de onderneming, aan de hand van productiemiddelen waarover het bedrijf als eigenares de beschikkingsmacht heeft en waarvan de organisatie onder haar beleidsrecht als ondernemer valt. De door de parkeerwachters geleverde arbeid kan derhalve bezwaarlijk worden beschouwd als een dienst of «product» dat het bedrijf extern in het economisch ruilverkeer van goederen en diensten aankoopt of verwerft. Ten slotte werden de parkeerwachters alleen betaald met een uurloon, wat dus eveneens erop wijst dat het voorwerp van de overeenkomst het «bemannen» van een intern geregelde dienst beoogde.³⁴

Een tweede geval betrof een aantal gepensioneerden die gezamenlijk een vennootschap hadden opgericht met als doel een amusements- of showorkest te leiden. De vennoten van de opgerichte B.V.B.A., sloten zich aan als zelfstan-

zelfstandigen: voorlopig onder statuut zelfstandigen», *Directeur*, 1993, afl. 19.

³⁰ *Vr. en Antw., Kamer, B.Z.*, 1991-92, 3 juli 1992 (Vr. nr. 15 van SAULMONT).

³¹ GEELHAND, N., «Over sociale zekerheid en vertrouwensleer», *T.P.R.*, 1989, 949; KAUFMAN, F.X., *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches problem*, Stuttgart, Ferdinand Enke Verlag, 1970, 104-105; VAN REGENMORTEL, A., *l.c.* (11), p. 98, nr. 64.

³² *Arbh. Antwerpen*, 9 februari 1996 (N.V. Parking Arenberg v. R.S.Z.), onuitg., A.R., nr. 131/95.

³³ *Cass.*, 13 september 1991, *R.W.*, 1991-92, 882; HUMBLET, P., *De gezagsuitoefening door de werkgever*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 74.

³⁴ Vergelijk met andersluidende rechtspraak *Arbh. Brussel*, 24 november 1994, *J.T.T.*, 1995, 98 alwaar geoordeeld werd dat het feit om algemene instructies te moeten volgen, een uurrooster in acht te moeten nemen, de verplichting te hebben om te verwittigen in geval van afwezigheid, weliswaar, eerder typisch zijn voor een arbeidsovereenkomst, maar niet onverenigbaar met een aannemingsovereenkomst.

digen bij een sociaal verzekeringsfonds en speelden als (schijn)-zelfstandigen in het orkestgezelschap.³⁵

Omdat het toepassingsgebied van de sociale zekerheid voor werknemers ingevolge artikel 3, 2°, van het K.B. van 28 november 1969 werd uitgebreid tot de (meeste) schouwspelartiesten, rees de vraag of de vennoten van de B.V.B.A. als zelfstandige musici mogen beschouwd worden.

Het arrest stelt dat artikel 3, 2°, van het K.B. van 28 november 1969 van openbare orde is, zodat er voor de musicus en zijn werkgever (of opdrachtgever of aanwerver) geen sprake kan zijn van vrije keuze voor het ene dan wel voor het andere sociaal zekerheidsstatuut.³⁶

Het arrest van het Arbeidshof te Antwerpen van 24 april 1995 verwijst naar vaststaande cassatierechtspraak waarin werd bevestigd, dat bij beoordeling van de onderwerping aan de R.S.Z.-regeling op basis van artikel 3, 2°, van het K.B. van 28 november 1969, de feitenrechter enkel dient na te gaan of betrokkene schouwspelartiesten (musici) zijn en, zo ja, of zij worden aangeworven om tegen betaling van een loon op te treden tijdens voorstellingen.³⁷ Is aan deze voorwaarden voldaan, dan is het vermoeden van onderwerping aan de sociale-zekerheidsregeling van de werknemers onweerlegbaar.

In casu was het Arbeidshof te Antwerpen van mening dat betrokkenen schouwspelartiesten waren en dat hen een loon werd betaald³⁸, zodat op basis van het hierboven vermeld onweerlegbaar vermoeden zij onderworpen waren aan de sociale zekerheid voor werknemers.³⁹

D. RAAKVLAKKEN TUSSEN HET RECHT OP WERKLOOSHEIDSUITKERINGEN EN HET STATUUT VAN (SCHIJN)ZELFSTANDIGE OF (SCHIJN)WERKNEMER

1° De toegang tot het recht op werkloosheidsuitkeringen

Teneinde te worden toegelaten tot het recht op werkloosheidsuitkeringen, dient de werkloze, niet-schoolverlater, gedurende een referentieperiode een aantal arbeidsdagen of gelijkgestelde dagen te bewijzen, waarvan het aantal afhankelijk is van de leeftijd van de potentieel gerechtigde.⁴⁰ Om voldoende arbeids- of gelijkgestelde dagen in aanmerking te kunnen laten nemen, worden soms fictieve tewerkstellingen gebruikt of worden perioden waarin men als zelfstandige heeft gewerkt frauduleus omgebogen tot tewerkstellingen in ondergeschikt verband.

In de zaak gekend onder AR nr. 238/90⁴¹, werd een systeem ontwikkeld waarbij een «slapende»⁴² B.V.B.A. tegen betaling werknemers inschreef in het personeelsregister en hen fictief een loon uitkeerde, met de uitsluitende bedoeling om de schijnwerknemer in staat te stellen voldoende arbeidsdagen te bewijzen. Rond de slapende B.V.B.A. werd een heel netwerk opgezet, om personen op te sporen die gebruik maken van een fictieve tewerkstelling. Vooral in het migrantenmilieu werd via betaalde tussenpersonen het frauduleus systeem ter kennis gebracht en werden diverse schijnwerknemers bereid gevonden om te betalen, teneinde op termijn gerechtigd te zijn op werkloosheidsuitkeringen.

Bij zaakvoerders van B.V.B.A.'s bestaat eveneens het gebruik om zich als werknemer in te schrijven, meestal op het einde van hun carrière of wanneer de handelszaak minder goed draait, dit met de bedoeling om nadien recht op werkloosheidsuitkeringen te kunnen genieten.⁴³ Hierbij dient uiteraard te worden nagegaan welke de redenen waren die tot de (plotse) omschakeling hebben geleid.

Zo blijkt dat wanneer de schijnwerknemer, *de facto* de taak van zaakvoerder blijft verderzetten na zijn transformatie tot werknemer, de rechtspraak unaniem het schijnstatuut verworpt en dat de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening zelfs sancties oplegt wegens het gebruik van valse stukken, teneinde werkloosheidsuitkeringen te verkrijgen waarop men niet gerechtigd was.⁴⁴

⁴⁰ Basisregeling: art. 30 K.B. 25 november 1991 houdende de werkloosheidsreglementering, B.S., 31 december 1991.

⁴¹ Arbh. Antwerpen, 13 september 1994 (Yazarlar v. R.V.A.), onuitg., A.R., nr. 238/90.

⁴² De kwestieuze B.V.B.A. bleek geen enkele handelsactiviteit meer te ontplooiën, maar administratief werd deze vennootschap gebruikt om de nodige sociale documenten af te leveren.

⁴³ Zie knipperlichtprocedure (*supra* II, B).

⁴⁴ Art. 155 K.B. 25 november 1991 houdende de werkloosheidsreglementering: «Wordt van het genot van de uitkeringen uitgesloten gedurende ten minste dertien weken en ten hoogste zesentwintig weken, de werkloze die gebruik maakt van: 1° onjuiste stukken teneinde ter kwader trouw uitkeringen te verkrijgen waarop hij geen recht heeft...»

Arbh. Antwerpen, 19 december 1988 (Fierens A. v. R.V.A.), onuitg., A.R. nr. 706/86; Arbh. Antwerpen, 22 augustus 1990 (Vangenechten v. R.V.A.), onuitg. A.R. nr. 49/85; Arbh. Antwerpen, 8 juni 1993 (Pas A. v. R.V.A.), onuitg. A.R. nr. 801/91, met verwijzing

³⁵ Arbh. Antwerpen, 24 april 1995 (Tavormina v. Megens, B.V.B.A. Unity Sound en R.S.Z.), onuitg., A.R., nrs. 476/93 en 51/94.

³⁶ Elst, R., «Schouwspelartiesten en sociale zekerheid voor werknemers», *T.S.R.*, 1992, 49.

³⁷ Cass., 12 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 678 en *J.T.T.*, 1980, 44; Cass., 9 november 1981, *R.W.*, 1982-83, 979, *Pas.*, 1982, I, 354 en *J.T.T.*, 1982, 979; Cass., 22 maart 1982, *R.W.*, 1982-83, noot De Clercq, H., *J.T.*, 1983, 83 en *Pas.*, 1982, I, 856; Cass., 27 februari 1984, *R.W.*, 1984-85, 473 en *T.S.R.*, 1984, 248; Cass., 24 april 1989, *R.W.*, 1989-90, 1460, met noot en *J.T.T.*, 1989, 295, met noot; Cass., 30 april 1984, *J.T.T.*, 1985, 85, met noot; SIMOENS, D., *l.c.*, (7), p. 133-135, nrs. 53-54; VAN REGENMORTEL, A., «Overzicht van rechtspraak: sociaal statuut zelfstandigen (1977-1983)», *R.W.*, 1984-85, 779; «Ontwikkeling van de rechtspraak met betrekking tot verzekerings- en bijdrageplicht in het sociaal statuut van de zelfstandigen (1983-88)», *R.W.*, 1989-90, p. 390, nr. 28.

³⁸ Arbh. Gent, 16 december 1974, *J.T.T.*, 1975, 158; Arbh. Antwerpen, 19 februari 1982, *Limb. Rechtsl.*, 1982, 140; Arbh. Antwerpen, 14 maart 1984, *R.W.*, 1985-86, 738, Elst, R., «Verzekeringsplicht t.o.v. de R.S.Z. in marginale gevallen», *B.T.S.Z.*, 1981, 784-785 en 788-790; SIMOENS, D., *l.c.*, (7), p. 130, nr. 50 en p. 133, nr. 53.

³⁹ Cass., 12 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 678 en *J.T.T.*, 1980, 44; Cass., 9 november 1981, *R.W.*, 1982-83, 979, *Pas.*, 1982, I, 354 en *J.T.T.*, 1982, 979; Cass., 22 maart 1982, *R.W.*, 1982-83, noot De Clercq, H., *J.T.*, 1983, 83 en *Pas.*, 1982, I, 856; Cass., 27 februari 1984, *R.W.*, 1984-85, 473 en *T.S.R.*, 1984, 248; Cass., 24 april 1989, *R.W.*, 1989-90, 1460, met noot en *J.T.T.*, 1989, 295, met noot; Cass., 30 april 1984, *J.T.T.*, 1985, 86, met noot; SIMOENS, D., *l.c.* (7), p. 133-135, nrs. 53-54; VAN REGENMORTEL, A., «Overzicht van rechtspraak: sociaal statuut zelfstandigen (1977-1983)», *R.W.*, 1984-85, 779; «Ontwikkeling van de rechtspraak met betrekking tot verzekerings- en bijdrageplicht in het sociaal statuut van de zelfstandigen (1983-88)», *R.W.*, 1989-90, p. 390, nr. 28.

2° De uitoefening van een zelfstandig bijberoep

Het is de werkloze toegestaan om een zelfstandig bijberoep uit te oefenen indien dit gebeurt onder de voorwaarden bepaald in artikel 48 van het K.B. van 25 november 1991 houdende de werkloosheidsreglementering.⁴⁵

Wanneer de werkloze een toegelaten zelfstandig bijberoep uitoefent, binnen de voorwaarden van voornoemd artikel 48, blijft hij gerechtigd op volledige werkloosheidsvergoedingen. Indien de werkloze een deeltijdse tewerkstelling als werknemer aanvaardt, kan hij als onvrijwillig deeltijds werknemer enkel nog werkloosheidsuitkeringen ontvangen voor zijn uren inactiviteit.⁴⁶

Wanneer een werkloze aanvankelijk een zelfstandig bijberoep uitoefent en nadien komt vast te staan dat hij *de facto* als werknemer in ondergeschikt verband werd tewerkgesteld, impliceert dit dat hij werkloosheidsuitkeringen ontvangen heeft waarop hij niet gerechtigd was, zodat een terugvordering door de R.V.A. tot een van de mogelijkheden behoort.⁴⁷

3° Samenwoning met een zelfstandige

Omdat een werkloze de zelfstandige met wie hij samenwoont eventueel hulp zou kunnen verlenen bij de uitoefening van diens zelfstandige activiteit, is de werkloze verplicht aangifte te doen van het feit dat hij samenwoont met een persoon die een zelfstandig hoofd- of bijberoep uitoefent.⁴⁸

Indien deze aangifte niet (of niet tijdig) wordt gedaan, is de werkloze niet gerechtigd op werkloosheidsuitkeringen wanneer hij in staat wordt geacht om aanmerkelijke hulp te

naar het vonnis van de Arbrb. Antwerpen, 21 oktober 1985, *R.W.*, 85-86, 2850; Arbh. Antwerpen, 10 mei 1994 (*R.V.A. v. Van Loy D.*), onuitg., A.R. nr. 407/93; Arbh. Antwerpen, 21 december 1995 (*B.V.B.A. Tielens Harry Transport v. R.S.Z.*), onuitg. A.R., nrs. 505/92 en 506/92.

⁴⁵ Art. 48, §1, K.B. 25 november 1991 houdende de werkloosheidsreglementering: «De werkloze die op bijkomstige wijze een activiteit uitoefent in de zin van art. 45, kan slechts genieten van uitkeringen op voorwaarde dat:

1° hij daarvan aangifte doet bij zijn uitkeringsaanvraag;
2° hij deze activiteit reeds uitoefende terwijl hij tewerkgesteld was als werknemer, en dit tenminste gedurende drie maanden voorafgaand aan de uitkeringsaanvraag;
3° hij deze activiteit niet verricht tussen 7 en 18 uur. Deze beperking geldt niet voor de zaterdagen en zondagen, en voor de tijdelijke werkloze, evenmin voor de dagen waarop hij in zijn hoofdberoep inactief is;

4° het geen activiteit betreft;

a) in een beroep dat alleen na 18 uur wordt uitgeoefend;
b) in een beroep dat valt onder het hotelbedrijf, met inbegrip van de restaurants en de drankgelegenheden, of onder de vermaakkondernemingen, of geen activiteit betreft als leuder, reiziger, verzekeringsagent of -makelaar tenzij de activiteit van gering belang is;
c) die, krachtens de wet van 6 april 1960 betreffende de uitvoering van bouwwerken, niet verricht mag worden.»

⁴⁶ Art. 29, §1 en §2, en 103bis K.B. 25 november 1991 houdende de werkloosheidsreglementering.

⁴⁷ Arbh. Antwerpen, 17 mei 1990 (*Soetens v. R.V.A.*), onuitg., A.R., 333/87.

⁴⁸ Art. 50 K.B. 25 november 1991 houdende de werkloosheidsreglementering.

verlenen bij de uitoefening van de zelfstandige activiteit. Of deze hulp daadwerkelijk verleend is, is hierbij onbelangrijk, het is voldoende immers dat de werkloze potentieel hulp kon verlenen.

Ingeval een werkloze samenwoont met een (schijn)werknemer en zodoende geen aangifte kan doen van de zelfstandige activiteit van een met hem samenwonende persoon, loopt deze werkloze het risico op een terugvordering door de R.V.A. indien het statuut van de (schijn)werknemer met terugwerkende kracht wordt herzien in een statuut van zelfstandige.

Wanneer de echtgenoot van een werkloze vrouw de functie van gerant uitoefent, heeft de kwalificatie van het statuut van haar echtgenoot een rechtstreekse invloed op de aangifteplicht die op deze werkloze rust.⁴⁹

E. EEN PROBLEEM VAN PROCEDURELE AARD

Onder punt II, A van deze bijdrage werd reeds gesteld dat inzake de problematiek van (schijn)zelfstandigen en (schijn)werknemers de eerste beoordeling van het statuut meermaals door de strafrechter wordt gedaan.

De werkgever die gebruik heeft gemaakt van de diensten van een (schijn)zelfstandige, kan strafrechtelijk vervolgd worden voor het niet te hebben bijgehouden van een personeelsregister, het niet te hebben opgesteld van een individuele rekening, geen inschrijving en geen tijdige aangifte bij de R.S.Z. te hebben gedaan, geen loon en vakantiegeld te hebben uitbetaald en geen arbeidsongevallenverzekering te hebben aangegaan.⁵⁰

Teneinde een strafrechtelijke uitspraak te kunnen doen, moet de strafrechter de vraag oplossen of de onderliggende arbeidsrelatie al dan niet een tewerkstelling in ondergeschikt verband betreft. De strafrechter is derhalve genoodzaakt om op basis van het vigerende arbeidsrecht de arbeidsrelatie te beoordelen en wordt dan geconfronteerd met het kwalificatieprobleem inzake werknemers- of zelfstandigenstatuut.⁵¹

Daar de arbeidsrechtbank uiteraard mag verondersteld worden om inzake de bepaling van het voornoemd statuut meer deskundig te zijn dan de rechtbanken van eerste aanleg, besloot een strafrechter in verscheidene zaken om het kwalificatieprobleem met een prejudiciële vraag aan de arbeidsrechtbank voor te leggen. De strafrechter verzocht de arbeidsrechtbank enkel om de arbeidsrelatie tussen de partijen te kwalificeren en nadien de zaak voor verdere behandeling terug over te maken aan de strafrechter.

In twee zaken tekende het openbaar ministerie beroep aan tegen het vonnis dat een dergelijke prejudiciële vraag formuleerde. Deze beroepen werden door het hof van beroep ontvankelijk en gegrond verklaard en op basis van de devolutive werking van het ingestelde beroep trok het hof van beroep deze zaken tot zich en nam het een beslissing ten gronde omtrent de strafrechtelijke tenlasteleggingen.⁵²

⁴⁹ Arbh. Antwerpen, 10 september 1991 (*Arens v. R.V.A.*), onuitg., A.R., 411/96.

⁵⁰ Zie *supra*, voetnoot 14.

⁵¹ Kwalificatieprobleem zoals in kort bestek omschreven in I, B, 2°, van deze bijdrage.

⁵² Antwerpen, 23 februari 1994 (*O.M. v. Vereecke en N.V. Groep Claey's*), onuitg., nr. 215/94, nr. 27AGA93; Antwerpen, 13 decem-

In een derde zaak werd noch door partijen noch door het openbaar ministerie beroep aangetekend, zodat het strafrechtelijk vonnis gezag van gewijsde verkreeg. De arbeidsrechtbank stelde vast dat ze door die zaak werd geadieerd en derhalve het gestelde kwalificatieprobleem moest beantwoorden.⁵³

Het vonnis van de arbeidsrechtbank werd aangevochten voor het Arbeidshof Antwerpen, alwaar werd geoordeeld dat de aan de strafrechter toekomende rechtsmacht meebrengt dat hij in beginsel alle rechtsvragen die rijzen tijdens de behandeling van de zaak moet oplossen en dat de strafrechter de juiste kwalificatie moet geven aan het feit dat bij hem werd aanhangig gemaakt.⁵⁴

In dit arrest wordt verder uitdrukkelijk gesteld dat luidens artikel 15 van de voorafgaande titel van het wetboek van strafvordering (wet van 17 april 1878) de strafrechter zelf beslist over geschillen van burgerlijk recht die incidenteel voor hem worden opgeworpen naar aanleiding van misdrijven die bij hem aanhangig zijn.

Enkel in uitzonderlijke gevallen, die de wet uitdrukkelijk bepaalt, moeten de prejudiciële geschillen worden opgelost door een andere instantie dan het strafgerecht dat van de tenlastelegging kennis neemt.⁵⁵ De loutere vraag omtrent de band van ondergeschiktheid tussen de werknemers en de verdachte is nergens opgenomen als een uitzondering bepaald door de wet, teneinde de strafrechter de mogelijkheid te geven een prejudiciële vraag te stellen aan de arbeidsrechtbank.⁵⁶

Nadat het arbeidshof in het overwegende gedeelte van het arrest had aangegeven dat de prejudiciële vraag ten onrecht-

te werd gesteld, moest het arbeidshof toch vaststellen dat het hof geadieerd werd door die zaak en derhalve toch verplicht was om het gestelde kwalificatieprobleem te beantwoorden. Het arbeidshof besloot *in casu* dat de (schijn)zelfstandigen, onderworpen waren aan de R.S.Z.-regeling voor werknemers krachtens artikel 3, 2°, van het koninklijk besluit van 28 november 1969, waarna de zaak voor verdere behandeling terug naar de correctionele rechtbank werd verzonden.

Dit proceduregeschil toont aan dat de strafrechter, meermaals erg verveeld is met het moeilijke arbeidsrechtelijke kwalificatieprobleem inzake de arbeidsovereenkomst, hetgeen *in casu* resulteerde in het stellen van een (niet toelaatbare) prejudiciële vraag.

EEN SLOTBESCHOUWING

De afwezigheid van duidelijke criteria teneinde uit te maken of een arbeidsrelatie ressorteert onder het zelfstandig statuut van werknemer, schept de mogelijkheid voor potentiële fraudeurs om met bedrieglijke intenties een schijnstatuut te creëren.

Deze vorm van sociale fraude blijkt toe te nemen naarmate een steeds groter deel van de beroepsbevolking ervoor kiest om een zelfstandig hoofd- of bijberoep uit te oefenen.⁵⁷ Potentiële fraudeurs wordt het als het ware op een presenteerblaadje aangeboden om gebruik te maken van een soort nomansland, dat ligt tussen beide sociale statuten.

Anderzijds blijkt dat personen te goeder trouw, ingevolge de onduidelijke afbakening tussen het statuut van zelfstandigen en het statuut van werknemer, zich zonder bijbedoelingen kunnen «vergissen» omtrent het statuut dat op hen van toepassing is.

De gevolgen van deze «vergissing» kunnen verstrekkend en zelfs sociaal onaanvaardbaar zijn, temeer daar die gevolgen zich niet beperken tot de persoon die zich heeft vergist omtrent zijn statuut, maar eveneens voelbaar zijn voor al degenen die een arbeids- of gezinsrelatie met de schijnstatuuthouder hebben gehad.

Zowel in naam van de rechtszekerheid als in het belang van de fraudebestrijding zou een wetgevend antwoord moeten gevonden worden teneinde de afbakening tussen het zelfstandigen- en werknemersstatuut exact te definiëren en alzo op preventieve wijze aan rechtsbescherming te doen.

«Wijziging van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 door de wet van 7 juli 1978», *R.W.*, 1978-79, 1315.

⁵⁷ DENEVE, C., o.c., (voetnoot 2).

ber 1995 (O.M. v. Hendriks en Theunis), onuitg. nr. 1607/95, nr. 16AGA94; Arbh. Antwerpen, 24 april 1995 (Tavormina v. Megens, B.V.B.A. Unity Sound, Tavormina, R.S.Z.), onuitg., A.R., nrs. 476/93 en 51/94.

⁵³ Arbrb. Hasselt, 26 oktober 1993 (Megens, B.V.B.A. Unity Sound, Tavormina v. R.S.Z.), onuitg. A.R., nr. 922481.

⁵⁴ Cass., 4 september 1990, *Arr.Cass.*, 1990-91, 8; DECLERCO, R., *l.c.* (20), 240.

⁵⁵ D'HAENENS, J., *Belgisch strafprocesrecht*, I, A, Gent, Story-Scientia, 1980, 107.

⁵⁶ - Voornamelijk inzake de arbeidsongevallen heeft de wetgever bepaald dat de arbeidsgerechten de prejudiciële geschillen in verband met de interpretatie van de arbeidsongevallenwet, zouden beslechten (artikel 74, tweede lid van de wet van 10 april 1971 (toegevoegd bij artikel 8 van de wet van 7 juli 1978); *Gedr. St.*, *Senaat*, 1977-78, nr. 318/2 (*Verslag ENGELMEERS*), 3; *Gedr. St.*, *Kamer*, 1977-78, nr. 368/4 (*Verslag RUTTEN*), 3; Cass., 12 oktober 1992, *R.W.*, 1992-1993, 957; Cass., 12 januari 1993, *R.W.*, 1993-94, 18; PERSYN, C., JANVIER, R. en VAN EECKHOUTTE, W., «Overzicht van rechtspraak – Arbeidsongevallen», 1984-89, *T.P.R.*, 1990, 1237-1238; SIMOENS, D.,

HET VERDRAG MENSENRECHTEN EN BIOGENEESKUNDE VAN DE RAAD VAN EUROPA

INLEIDING

1. Op 19 november 1996 heeft het Comité van Ministers van de Raad van Europa de tekst van het Verdrag inzake de Rechten van Mens en de Biogeneeskunde ¹ goedgekeurd. ² Het Verdrag werd op 4 april 1997 te Oviedo (Spanje) ondertekend door 21 van de (op dat ogenblik) 40 lidstaten van de Raad van Europa. ³

2. Het is niet de bedoeling van deze bijdrage om de bepalingen van het Verdrag stuk voor stuk te bespreken. Dat is in het raam van een tijdschriftartikel niet te doen. Wel zal ik de historische achtergrond (I), de motieven en de doelstellingen (II), de leidende beginselen (III) en de beperkin-

¹ De volledige Engelse benaming van het Verdrag luidt: «Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine, afgekort, Convention of human rights and biomedicine». De officiële Nederlandse vertaling luidt «Verdrag of (conventie) inzake de Rechten van de Mens en Biogeneeskunde». De term «biogeneeskunde» is niet erg duidelijk en is klaarblijkelijk een neologisme, ontstaan uit de samentrekking van bio-logie en geneeskunde. De term «mensenrechten» dekt de lading niet geheel, want het verdrag bevat ook andersoortige bepalingen (zie verder). Nog meer afgekort is in de literatuur sprake van Biogeneeskunde Verdrag of Conventie: geen fraaie naam weliswaar, maar die ik verder toch zal gebruiken.

² België, Duitsland en Polen onthielden zich; Duitsland wegens het verzet van een deel van de publieke opinie en Polen wegens de religieuze bezwaren die in dat land bestaan tegen genetische manipulatie; zie DE WACHTER M.A.M., «The European Convention on Bioethics», *Hastings Center Report*, jan.-feb. 1997, 22. Volgens deze auteur onthield België zich omdat de regering niet wenste vooruit te lopen op het advies van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek (verder afgekort als RCBI) (dit advies werd pas op 7 juli 1997 uitgebracht; zie de tekst ervan elders in dit nummer) en wegens «the still-undecided bill on human experimentation». Of dit de werkelijke redenen zijn voor de Belgische houding, kan worden betwijfeld. Toen het advies werd gevraagd, kon dit redelijkerwijze niet meer worden uitgebracht voordat het Comité van Ministers zich zou uitspreken: op 14 november 1996 verklaarde de minister van Volksgezondheid in de Kamer dat hij hoopte dat het advies «vooralsnog vóór december zal worden uitgebracht» (*Kamer, Hand.*, 14 november 1996, 110-3950). Van een wetsontwerp betreffende medische experimenten was en is nog steeds geen sprake. De werkelijke reden is dat de Belgische regering er niet in geslaagd is een eensgezind standpunt in te nemen t.a.v. een aantal bepalingen van het ontwerpverdrag. Nog op 14 november 1996 zei dezelfde minister: «Er blijft een discussiepunt, met name art. 18 van de ontwerpconventie. De regering heeft ter zake nog geen standpunt ingenomen». Vergelijk met de «profetische» woorden van senator Cuyvers: «spijtig genoeg kunnen wij niet rekenen op de steun van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, want tegen de tijd dat dit operationeel zal zijn, zullen op internationaal vlak de meeste beslissingen reeds genomen zijn» (*Senaat, Hand.*, 2 maart 1995, 1394).

³ Te vermelden valt dat 10 van de 15 lidstaten van de E.U. behoorden tot de ondertekenaars: Denemarken, Finland, Frankrijk, Griekenland, Italië, Luxemburg, Nederland, Portugal, Spanje en Zweden. België, Duitsland, Ierland, Groot-Brittannië en Oostenrijk ondertekenden (nog) niet.

gen die kunnen worden gesteld aan de uitoefening van rechten en vrijheden bij de toepassing van biologie en geneeskunde (IV) toelichten. Het artikel eindigt met enkele slotbeschouwingen (V).

I. HISTORISCHE ACHTERGROND

3. De Raad van Europa betoont sedert enkele decennia een grote belangstelling voor de weerslag van de biomedische wetenschappen op de rechten van de mens. ⁴ Het technisch en ingewikkeld karakter van de problematiek leidde in 1985 tot de oprichting van een ad hoc comité van deskundigen (CAHBI) dat in 1992 de status van Comité Directeur (de Bioéthique, afgekort CDBI) verwierf. Tussen 1978 en 1992 werden talrijke aanbevelingen over biomedische vraagstukken goedgekeurd waarin de lidstaten werden aange-maand hun wetgeving te harmoniseren. Kenmerkend was «de grote mate van vrijblijvendheid» en «de gebrekkige naleving van deze aanbevelingen door de lidstaten», waardoor de beoogde rechtsbescherming veelal niet kon worden ge-garandeerd. ⁵

4. In 1989 drong de Raadgevende Vergadering van de Raad van Europa aan op een verdrag inzake mensenrechten en biotechnologie. ⁶ Het Comité van Ministers was niet overtuigd van de noodzaak om over te gaan tot het opstellen van zo'n verdrag. Pas na de aanbeveling 1160 (1991) «on the preparation of a Convention on Bioethics» gaf het Comité van Ministers toe aan de druk van de Raadgevende Vergadering.

5. Het Comité van Ministers gaf het CAHBI in september 1991 de opdracht een ontwerp-verdragtekst op te stellen «setting out common standards for the protection of the human person in the context of the biomedical sciences». ⁷ In maart 1992 benoemde het CABHI een werkgroep die belast werd met de redactie van dit ontwerp van een toelichtend document aan het CDBI – de opvolger van het CAHBI – te bezorgen. In juni 1994 keurde het CDBI een ontwerp-verslag goed. ⁸ De tekst werd vrijgegeven ten behoeve van

⁴ Zie voor een overzicht, BYK, C., «The European Convention on Bioethics», *Med. law*, 1993, 509-511.

⁵ HENDRIKS, A., «Bio-ethiek Conventie», *NJCM-Bulletin*, 1995, 54.

⁶ «Recommendation 1100 (1989) on the use of human embryos and fetuses in scientific research». Reeds vroeger had de Raadgevende Vergadering een conventie op deelgebieden bepleit; zie «Recommendation 1046 (1986) on the use of human embryos and fetuses for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes» en «Recommendation 934 (1982) on genetic engineering».

⁷ HENDRIKS, A., o.c., 55.

⁸ Op dat ogenblik zetelden voor België in het CDBI mevr. Demustier van het ministerie van Justitie en prof. Armand André, em-hoogleraar gerechtelijke geneeskunde van de universiteit van Luik.

een maatschappelijke discussie.⁹ De Raadgevende Vergadering maakte gebruik van de geboden mogelijkheid om talrijke amendementen voor te stellen.¹⁰

6. Daarop toog de redactie-werkgroep van het CDBI opnieuw aan het werk. Een grondig herwerkte tekst¹¹ werd in juni 1996 in het CDBI goedgekeurd¹² door een overweldigende meerderheid van de leden van het CDBI: enkel Duitsland stemde tegen; België en Cyprus onthielden zich terwijl vijf lidstaten niet vertegenwoordigd waren. In september 1996 bracht de Parlementaire Vergadering een positief advies uit over de herziene ontwerp-tekst. De enige inhoudelijke verandering die op verzoek van deze Vergadering is tot stand gekomen, betreft de toevoeging van een tweede lid aan art. 1. Ingevolge deze aanvulling zijn de verdragspartijen verplicht om alle noodzakelijke wettelijke maatregelen te nemen ter effectuering van de verdragsbepalingen binnen de eigen rechtsorde.

7. Op 19 november 1996 keurde het Comité van Ministers dan het Verdrag goed. Opnieuw met een overgrote meerderheid, hetgeen niet iedereen had verwacht.¹³

8. Op 17 december 1996 keurde het Comité van Ministers de publicatie goed van het toelichtend rapport bij het Verdrag.¹⁴

II. MOTIEVEN EN DOELSTELLINGEN VAN HET VERDRAG MENSENRECHTEN EN BIOGENEESKUNDE

9. De vragen naar de beweegredenen van het Verdrag en wat men ermee beoogt te bereiken, zijn zo eng met elkaar verbonden dat we ze samen behandelen.

⁹ Deze tekst is onder meer afgedrukt in het (Nederlands) *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 1994, 465-483. In België stelde dat maatschappelijk debat weinig voor; sommige geïnteresseerden slaagden er met moeite in een kopie van de tekst te bemachtigen; zie Nys, H., «Naar een Europees Verdrag voor Bio-ethiek», *Acta Hosp.* 1994, 4, 50.

¹⁰ Opinion No. 184 (1995) on the draft Bioethics Convention, 2 February 1995.

¹¹ Zie voor de meest in het oog springende wijzigingen, HENDRIKS, A., «Conventie inzake de rechten van de mens en biogeneeskunde (biogeneeskunde conventie)», *NJCM-Bulletin*, 1997, 74-77.

¹² Deze tekst is gepubliceerd in het *European Journal of Health Law*, 1996, 309-319. Een van de meest opvallende veranderingen betreft de naam van het Verdrag, meer bepaald de afgekorte naam. In 1994 luidde die *Bioethics Convention*. Die benaming werd als misleidend bestempeld: «een verdrag is een bindende tekst, terwijl het begrip «bio-ethiek» verband houdt met reflectie die per definitie geen afdwingbaar karakter heeft. Zie in die zin ondermeer, GEVERS, J.K.M., «De bio-ethiek Conventie: kanttekeningen bij een ontwerp-verdrag van de Raad van Europa», (Nederlands) *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 1994, 456, noot 3; HONNEFELDER, L., «Schutz der Menschenwürde durch internationale Selbstbegrenzung», *Universitas*, 1996, nr. 603, 841. DE WACHTER daarentegen betreurt dat de term bioethiek is losgelaten, omdat het verdrag ethische beginselen in juridische regelen heeft willen incorporeren; zie DE WACHTER, o.c., 22.

¹³ DE WACHTER, o.c., 13.

¹⁴ Council of Europe, Directorate of Legal Affairs, DIR/JUR (97)1.

A. Een grotere inspanning tot harmonisering van bestaande regelen

10. Volgens het toelichtend rapport, randnr. 4, is het Verdrag ontstaan uit de behoefte om een grotere inspanning te ondernemen teneinde de bestaande regelen te harmoniseren. Uit de alinea's die daaraan voorafgaan blijkt dat daarbij zowel wordt gedacht aan regelen die reeds op het niveau van de Raad van Europa tot ontwikkeling waren gekomen als aan nationale regelgeving. Deze regelen hebben een gemeenschappelijke bron van inspiratie: de vrees dat diepgaande wetenschappelijke ontwikkelingen, toegepast in de biologie en de geneeskunde, van hun oorspronkelijk doel worden afgewend en een gevaar vormen voor de samenleving. Maar deze regelen verschillen nogal eens van elkaar inzake voorwerp, toepassingsgebied e.d.m. Vandaar de behoefte aan meer harmonisering.

11. In zijn rapport voor de Raadgevende Vergadering van 12 januari 1995 vermeldt verslaggever Palacios een motief dat nauw aansluit bij het voorgaande. De verschillen in beschermingsniveau tussen de lidstaten kunnen leiden tot het ontstaan van aantrekkelijke «bio-ethiek-paradijzen», waarin minder strikte regelen gelden en die patiënten, artsen en onderzoekers aantrekken uit landen die een hoger beschermingsniveau nastreven.

B. Streven naar een minimum beschermingsniveau op internationaal vlak

12. Volgens het toelichtend rapport, randnr. 7, bevat de Conventie enkel de meest belangrijke principes. Het is een kader- of raamverdrag; aanvullende en meer gedetailleerde regelen zullen worden neergelegd in aanvullende protocols (art. 31). Dat deze protocols niet noodzakelijk moeten worden geratificeerd door een lidstaat die het Verdrag heeft geratificeerd, noemt Roscam Abbing terecht een zwak punt.¹⁵ Ook kunnen de lidstaten op grond van de «wider protection clause» van art. 27 een hoger intern beschermingsniveau bieden.¹⁶ Het beschermingsniveau kan ook worden verhoogd op grond van de in art. 32, 4 voorziene vijfjaarlijkse evaluatie.¹⁷

¹⁵ ROSCAM ABBING, H.D.C., «Human rights and medicine. A Council of Europe Convention», *European Journal of Health Law*, 1996, 201.

¹⁶ Volgens het toelichtend rapport, randnummer 162, moet de hogere bescherming steeds worden geïnterpreteerd in het licht van art. 1 Verdrag, namelijk de bescherming van het menselijk wezen bij de toepassing van biologie en geneeskunde. Concreet betekent dat bijvoorbeeld hogere bescherming voor de proefpersoon, niet voor de onderzoeker. Sommige leden van het RCBI (zie advies 2.2.2.) maakten bezwaar tegen «het protectionistisch karakter van dit artikel, want het suggereert dat een toenemende bescherming tegen de geneeskunde, die te vaak als gevaarlijk wordt beschouwd, ethisch gerechtvaardigd zou kunnen zijn, ja zelfs wenselijk». Volgens Honnefelder biedt art. 27 de mogelijkheid om het hogere Duitse beschermingsniveau inzake ondermeer onderzoek met embryo's te handhaven; HONNEFELDER, L., o.c., 841; volgens Höfling is dat een illusie: eenmaal dat het Verdrag is goedgekeurd, zal de druk om zich aan te passen aan het beschermingsniveau dat het verdrag biedt, zeer groot worden; HÖFLING, W., «Menschenrechte und Biomedizin», *Universitas*, 1996, 853.

¹⁷ HENDRIKS, A., o.c., (1997), 76.

13. Het streven naar internationale afspraken omtrent een minimum beschermingsniveau houdt het risico in van een nivellering naar beneden.¹⁸ Men komt dan uit bij het laagste beschermingsniveau, of op zijn best bij de kleinste gemene deler tussen de verschillende niveaus.¹⁹ Men mag er echter niet aan voorbijgaan dat juist de landen met een hoog beschermingsniveau er het meeste belang bij hebben dat hun regelgeving ook buiten de eigen landgrenzen kan doorwerken. Hoe moeilijk dit ook mag zijn, internationale afspraken zijn noodzakelijk wegens de internationalisering van het wetenschappelijk onderzoek en het steeds intensievere grensoverschrijdend verkeer, ook op het gebied van de gezondheidszorg. Het zal dus in belangrijke mate van de onderhandelingspositie van landen met een hoog beschermingsniveau afhangen of het internationaal beschermingsniveau blijft steken bij de kleinste gemene deler of daarboven uitstijgt. Slechts wie in staat is de beschermingsniveaus in de verschillende lidstaten van de Raad van Europa te overzien, kan zich een uitspraak permitteren over het beschermingsniveau dat het Verdrag te bieden heeft. Het nu reeds afdoen als de kleinste gemene deler lijkt me voorbarig. Bovendien zijn er signalen dat het minimumniveau dat het Verdrag te bieden heeft aan bescherming, helemaal niet zo laag ligt als wordt gesuggereerd. Zo meent Roscam Abbing dat «bedoeld uitgangsniveau, in aanmerking genomen de internationale consensus daarover, redelijk hoog is en zeker benadert dat wat in Nederland zo langzamerhand is bereikt».²⁰ Algemeen wordt aangenomen dat het beschermingsniveau in Nederland tot de hoogste in Europa mag worden gerekend.

14. Het Verdrag kan niet enkel worden geratificeerd door de lidstaten van de Raad van Europa, maar ook door niet-lidstaten die betrokken waren bij de uitwerking ervan²¹ en de Europese Gemeenschap²² (art. 33 Verdrag). Op grond

¹⁸ HONNEFELDER, L., o.c., 836.

¹⁹ Volgens Hennau-Hublet leidt de gevolgde procedure noodzakelijkerwijs tot «l'adoption prudente du plus petit commun dénominateur, le seul possible d'aboutir à un consensus», HENNAU-HUBLET, C., «Le projet de convention de bioéthique du Conseil de l'Europe: l'espoir d'une protection élevée des droits de l'homme», *T.Gez.* 1996-97, 26; zie in ongeveer dezelfde zin, DUTOIT, B., «La première convention européenne de bioéthique ou la reconnaissance internationale de valeurs communes au service de la personne humaine», in *Familie und Recht; Famille et droit, Mélanges B. Schnyder*, 1995, 191.

²⁰ ROSCAM ABBING, H.D.C., «Een Europese catalogus voor rechten van de patiënt», (Nederlands) *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 1994, 314; wellicht is het feit dat in het uit negen personen bestaande redactiecomité van het CDBI deskundigen uit onder meer Duitsland, Engeland, Frankrijk en Nederland – allemaal landen met een hoog beschermingsniveau inzake biomedische problemen – zetelden, hieraan niet vreemd.

²¹ Namelijk Australië, Canada, Japan, de Heilige Stoel en de USA.

²² In zijn resolutie van 20 september 1996 over de bescherming van de rechten van de mens en de menselijke waardigheid bij toepassingen van de biologie en de geneeskunde (*P.B. C 320/268*, 28 oktober 1996) wijst het Europees Parlement de Commissie op het advies van het Europees Hof van Justitie van 28 maart 1996, waarin het Hof vaststelt dat geen enkele bepaling in het Verdrag van Rome de organen van de Gemeenschap in het algemeen de bevoegdheid verleent om voorschriften op het gebied van de mensen-

van art. 34 kunnen ook andere niet-lidstaten worden uitgenodigd het Verdrag te ratificeren, dat aldus op (lange) termijn zou kunnen uitgroeien tot een universeel verdrag.²³

C. Aanzetten tot een continue debat over bio-ethische kwesties

15. Lidstaten die hun onderdanen niet de bescherming die het Verdrag biedt willen onthouden, vinden in het Verdrag een stimulans om een debat te organiseren over belangrijke bio-ethische kwesties. De landen uit het voormalige Oostblok die recent tot de Raad van Europa zijn toegetreden, maar ook andere lidstaten, waaronder België, hebben een grote achterstand inzake de bescherming van de rechten van de patiënt en van de proefpersoon, vergeleken met andere lidstaten. Terecht wordt in het advies van het RCBI opgemerkt dat in ons land zo goed als geen wetgeving bestaat m.b.t. bio-ethische onderwerpen. Zelfs die leden van het RCBI die zich uitspraken tegen de ratificatie van het Verdrag pleitten ervoor om de «interessante en consensusgedeelten te integreren in specifieke wetten op het aangepaste wetgevende niveau» (advies RCBI, 3. Besluiten).

16. Art. 28 van het Verdrag roept de verdragspartijen op een openbaar debat te organiseren over de fundamentele vragen die de ontwikkelingen in de biologie en de geneeskunde stellen, in het bijzonder over de medische, sociale, economische, ethische en juridische implicaties.

III. LEIDENDE BEGINSELEN VAN HET VERDRAG

A. De bescherming van het menselijk wezen

17. Het Verdrag beschermt de mensenrechten van een ieder en de waardigheid van het menselijk wezen (cfr. titel en art. 1). Noch van «eenieder», noch van «menselijk wezen» wordt een omschrijving gegeven. De prenatale werking van het Verdrag dient in het interne recht te worden beslecht, bij gebrek aan consensus tussen de lidstaten (Toelichtend rapport, randnr. 18). Het Verdrag biedt niettemin ook het ongeboren leven enige rechtsbescherming. Art. 18, 1, eist een adequate bescherming van het embryo in vitro indien onderzoek daarmee wettelijk is toegelaten, terwijl art. 18, 2, het doen ontstaan van embryo's (al dan niet in vitro) voor onderzoeksdoeleinden verbiedt.²⁴

rechten vast te stellen of om internationale overeenkomsten op dit terrein te sluiten. Het Europees Parlement dringt aan op een wijziging van het Verdrag van Rome om toetreding tot het Biogeneeskunde Verdrag door de Europese Gemeenschap mogelijk te maken.

²³ In die zin reeds GEVERS, J.K.M., «De bio-ethiek Conventie: kanttekeningen bij een ontwerp-verdrag van de Raad van Europa» (Nederlands) *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 1994, 462. In dit verband kan ook worden verwezen naar een resolutie die de Mensenrechten Commissie van de VN in zijn 53ste Vergadering (1997) aannam en waarin de goedkeuring van het Biogeneeskunde Verdrag door de Raad van Europa gunstig werd onthaald. In het raam van de UNESCO wordt thans gewerkt aan een Universele Verklaring over het menselijk genoom en de rechten van de mens.

²⁴ In het advies van het RCBI wordt door sommige leden opgemerkt dat «het embryo beschermen nooit aan de orde is geweest in de fundamentele teksten van de Rechten van de Mens». Laat ons aannemen dat dit een manifest gebrek is aan feitenkennis: zo er-

B. Bescherming van de menselijke waardigheid en identiteit van het menselijk wezen

18. Overeenkomstig art. 1 beschermen de verdragspartijen de waardigheid en de identiteit van het menselijk wezen. Het begrip «menselijke waardigheid» is geen onbekende in mensenrechtenverklaringen (zie het advies van het RCBI).²⁵ In een bio-ethische context betekent de menselijke waardigheid voornamelijk dat het verlagen van het menselijk wezen tot een instrument ten behoeve van wetenschappelijk onderzoek of winstoogmerk uit den boze is. De prioriteit van het menselijk wezen op het loutere belang van de samenleving of de wetenschap (art. 2), het verbod het geslacht van een toekomstig kind te kiezen, behalve bij ernstige geslachtsgebonden aandoeningen (art. 14), het verbod menselijke embryo's te doen ontstaan ten behoeve van wetenschappelijk onderzoek (art. 18, 2) en het verbod winst te halen uit het lichaam of lichaamsdelen (art. 21), zijn nadere uitwerkingen van het respect voor de menselijke waardigheid.

19. De bescherming van de identiteit van het menselijk wezen is voornamelijk van belang in het licht van de voortschrijdende ontwikkelingen die het mogelijk (zullen) maken rechtstreeks in te grijpen in het menselijk genoom. Art. 13 laat dergelijke ingrepen slechts toe voor zover zij een preventief, diagnostisch of therapeutisch oogmerk hebben en voor zover de bedoeling niet is wijzigingen aan te brengen in de kiembaan van het nageslacht.²⁶

C. De bescherming van de integriteit door het toestemmingsvereiste

20. De verdragspartijen waarborgen eenieder respect voor zijn of haar integriteit. De bescherming van de integriteit wordt in het Verdrag verder uitgewerkt in art. 5, dat voor iedere ingreep m.b.t. de gezondheid de vrije en voorgelichte toestemming van de betrokken persoon vereist. Het begrip «ingreep m.b.t. de gezondheid» omvat niet enkel preventieve, diagnostische en curatieve handelingen, maar ook revalidatie en zelfs wetenschappelijk onderzoek (Toelichtend rapport, nr. 29). Niettemin wordt het toestemmingsvereiste nog eens uitdrukkelijk herhaald voor wat het wetenschappelijk onderzoek betreft (art. 16) de wegneming van weefsel of een orgaan t.b.v. transplantatie (art. 19) en het nader gebruik van lichaamsmateriaal dat tijdens een medische in-

greep werd verwijderd voor andere doeleinden dan de oorspronkelijke (art. 22).

21. Krachtens art. 9 dient rekening te worden gehouden met een vroeger bepaalde wilsuiging (toestemming of weigering) in verband met een ingreep m.b.t. de gezondheid door een patiënt die op het ogenblik van deze ingreep niet in staat is zijn wil te uiten.

22. Wanneer geen toestemming kan worden gevraagd in een noodgeval, mogen alle voor de gezondheid van de patiënt noodzakelijke medische ingrepen onmiddellijk worden uitgevoerd (art. 8). Deze bepaling wordt door velen als overbodig beschouwd, omdat zij in het positieve recht al algemeen aanvaard is en niet past in een mensenrechtenverklaring.²⁷

23. Sommige auteurs zien in deze bepalingen, en vooral in art. 9,²⁸ de erkenning van het zelfbeschikkingsrecht als «harde kern» van het Verdrag.²⁹ Dit «Anglo-Amerikaanse» concept herleidt het menselijk lichaam tot het voorwerp van de wil van de betrokkene. Deze visie lijkt me overdreven. Het is onmiskenbaar dat het Verdrag een groot belang toekent aan de vrije toestemming van de betrokkene als bescherming tegen ongewenst medisch handelen, hetgeen door iedereen wordt toegejuicht.³⁰ Daaruit afleiden dat die toestemming als uiting van zelfbeschikking in het Verdrag sacrosanct aanwezig is,³¹ houdt een miskennis in van een aantal andere beginselen die eveneens het Verdrag dragen. Het groeiende bewustzijn dat met het zelfbeschikkingsrecht als leidend beginsel lang niet alle bio-ethische kwesties kunnen worden aangepakt,³² – denk aan wetenschappelijk on-

²⁷ Zie HENNAU-HUBLET, C., o.c., 35; GEVERS, J.K.M., o.c., (1994), 459.

²⁸ De draagwijdte van deze bepaling wordt trouwens in het toelichtend verslag, randnr. 62, afgezwakt. Ten onrechte wordt deze bepaling alleen maar in verband gebracht met wilsuïciden waarin medisch handelen aan het einde van het leven wordt geweigerd, de zgn. levenstestamenten; zie bv. HENNAU-HUBLET, o.c., 36; HENDRIKS, A., o.c., (1995), noot 11. Maar dergelijke wilsbeschikkingen kunnen ook betrekking hebben op de weigering van of de toestemming tot courante medische behandelingen of deelname aan wetenschappelijk onderzoek. In een dergelijke context wordt die bepaling veel minder problematisch. Zie hierover ook Nys, H., «Emerging legislation in Europe on the legal status of advance directives and medical decision-making with respect to an incompetent patient ('living-wills')», *European Journal of Health Law*, 1997, 61-71.

²⁹ HENNAU-HUBLET, C., o.c., 31; DEWACHTER, M.A.M., o.c., 15 en 20.

³⁰ HENNAU-HUBLET, C., o.c., 31.

³¹ Ook volgens sommige leden van het RCBI beklemtoont het Verdrag in overdreven mate de zelfbepaling van de patiënt; zie het advies van het RCBI. Zelfs art. 8 (geen toestemming wanneer medische hulp dringend geboden is) wordt door sommigen in verband gebracht met «les effets pervers du principe de l'autodétermination quand celui-ci tend à s'hypertrophier»; cfr. HENNAU-HUBLET, C., o.c., 36. Geldt echter de hulpverleningsplicht aan een persoon in groot gevaar niet evengoed wanneer de arts-patiënt relatie op een paternalistische wijze is geregeld? Een Anglo-Amerikaans auteur be treurt juist dat het Verdrag geen bepalingen bevat over onderwerpen waarbij het zelfbeschikkingsrecht dominant aanwezig is, zoals abortus en euthanasie; zie NICHOLSON, R., «One law for all?», *Hastings Center Report*, march-april 1995, 4.

³² Zie in dit verband VAN DER BURG, W., «Gezondheidsrecht en bio-ethiek: op naar een nieuwe verhouding», *R&R*, 1996, 192-206,

kent art. 4, § 1, van de American Convention on Human Rights het recht op leven, «in general, from the moment of conception»; ook de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens heeft in een recente uitspraak een prenatale werking van art. 2 E.V.R.M. niet uitgesloten: «the commission finds that it does not have to decide whether the foetus may enjoy a certain protection under art. 2, but it will not exclude that in certain circumstances this may be the case» (H./Norway, 19 mei 1992).

²⁵ Zie EDELMAN, B., «La dignité de la personne humaine, un concept nouveau», *Dalloz*, 1997, 185-188.

²⁶ Het Europees Parlement vindt deze formulering niet streng genoeg: het verdrag mag er geen twijfel over laten bestaan dat ingrepen in het menselijk genoom die gericht zijn op verandering van de kiembaan of deze tot gevolg hebben, wettelijk moeten worden verboden (zie voetnoot 22).

derzoek op embryo's of op wilsonbekwame patiënten – is terug te vinden in het Verdrag. We zullen er in het onderstaande nog op terugkomen. Hier kan wel al verwezen worden naar art. 12 en 13, waarin het uitvoeren van een voorspellende genetische test en een ingreep in het menselijk genoom afhankelijk worden gesteld van gezondheidsdoelinden; de toestemming van de betrokkene – hoewel zij uiteraard vereist is op grond van art. 5 – wordt zelfs niet meer afzonderlijk vermeld.

D. Bescherming van andere rechten en vrijheden bij de toepassing van biologie en geneeskunde. Band met het E.V.R.M.

24. De verdragspartijen waarborgen eenieder respect voor andere rechten en vrijheden bij de toepassing van biologie en geneeskunde (art. 1).

25. In het Verdrag worden enkele van deze rechten en vrijheden expliciet vermeld.

26. Art. 10, 1, erkent het recht van eenieder op respect van het privé-leven in verband met informatie over zijn of haar gezondheid.

27. Art. 10, 2, kent eenieder het recht toe om kennis te hebben van alle informatie die over zijn of haar gezondheid is verzameld.³³ Maar wanneer iemand de wens heeft uitgedrukt van dergelijke informatie gevrijwaard te blijven, dient deze wens te worden gerespecteerd.³⁴

28. Art. 11 verbiedt iedere vorm van discriminatie t.o.v. een persoon wegens zijn of haar genetische aanleg. Art. 1 legt in het algemeen de verdragspartijen de verplichting op om iedereen, zonder onderscheid, het respect te waarborgen van de fysieke integriteit en andere rechten en vrijheden bij de toepassing van biologie en geneeskunde. Zie ook art. 3 in verband met rechtvaardige, dit is vooral niet discriminerende (Toelichtend verslag, randnr. 25), toegang tot gezondheidszorg (zie ook hieronder).

29. Art. 24 kent aan de persoon die schade heeft geleden ten gevolge van een medische tussenkomst het recht toe op een billijke schadevergoeding overeenkomstig de voorwaarden en de procedures voorzien bij wet.

30. Afgezien van de vermelde rechten, die soms een nadere explicitering zijn van bepalingen van het E.V.R.M. (denk aan art. 10), houdt de verwijzing in art. 1 naar andere rechten en vrijheden in dat er een band wordt gelegd tussen het Biogeneeskunde Verdrag en het E.V.R.M. In het toelichtend rapport, randnr. 9, wordt dit met zoveel woorden bevestigd. Beide verdragen delen niet alleen eenzelfde onderliggende benadering, maar ook dezelfde ethische beginse-

len en juridische begrippen. Deze nauwe band tussen beide verdragen zou ook van belang kunnen zijn voor het handhaven van de bepalingen van het Biogeneeskunde Verdrag.

31. De nauwe relatie tussen beide verdragen neemt niet weg dat tussen beide ook aanzienlijke verschillen bestaan.³⁵ Het Biogeneeskunde Verdrag heeft een andere doelstelling, gebruikt in dat verband deels andere concepten en bevat deels andere soorten bepalingen dan het E.V.R.M.: het gaat niet alleen om de bescherming van individuele rechten en vrijheden, maar ook om de bescherming van de waardigheid en identiteit van ieder menselijk wezen (art. 1). Vooral in verband met dat laatste bevat het Biogeneeskunde Verdrag een aantal bepalingen die geen mensenrechten toekennen, maar in algemene termen gestelde geboden of verboden bevatten (zie bv. art. 13 en art. 14). Daardoor heeft het Biogeneeskunde Verdrag duidelijk een eigen functie naast het E.V.R.M.

E. De bescherming van wilsonbekwamen bij de toepassing van biologie en geneeskunde

32. Het Biogeneeskunde Verdrag bevat drie bepalingen waarin specifieke bepalingen zijn opgenomen m.b.t. de bescherming van wilsonbekwamen die aan een medische interventie worden onderworpen. Art. 6, 1, legt het beginsel vast waarop deze bescherming steunt: een persoon die niet in staat is zijn toestemming te geven (verder genoemd: een wilsonbekwame) kan slechts worden onderworpen aan een medische interventie (in de ruime betekenis die het Verdrag aan dit woord geeft) indien deze in zijn of haar rechtstreeks belang is. Voor wetenschappelijk onderzoek op een wilsonbekwame geldt dat de resultaten ervan potentieel een werkelijk en direct voordeel voor zijn of haar gezondheid moeten hebben (art. 17,1,ii). De wegneming van een orgaan of weefsel bij een wilsonbekwame kan per definitie geen direct voordeel opleveren voor de gezondheid van de betrokkene en wordt dan ook, in overeenstemming met art. 6,1, verboden door art. 20,1.

33. Voor medische interventies die in het rechtstreeks belang zijn van de wilsonbekwame legt art. 6 een systeem op van plaatsvervangende toestemming door een wettelijke vertegenwoordiger of een bij wet voorziene instantie. De informatieplicht bestaat tegenover de plaatsvervanger (art. 6,4). Met de mening van de wilsonbekwame dient zoveel als mogelijk rekening te worden gehouden (art. 6,2 en 3) en de plaatsvervangende toestemming kan in het belang van de wilsonbekwame op ieder ogenblik worden ingetrokken (art. 6,5).

i.h.b. 201-202; dezelfde, «Bioethics and law: a developmental perspective», *Bioethics*, 1997, 91-114.

³³ Niet te verwarren met het recht vooraf informatie te krijgen over doel en aard, gevolgen en risico's van een voorgestelde medische ingreep (art. 5,2); cfr. HENNAU-HUBLET, o.c., 35 die er zich over verbaast dat het informatierecht over twee bepalingen werd gespreid.

³⁴ Sommige leden van het RCBI beschouwden dit algemeen erkende recht op niet-weten als een aanzet tot «obscurantisme en onverantwoord gedrag», zie advies RCBI, 2.2.2. Zij gaan voorbij aan de door het Verdrag geboden mogelijkheid om met een dergelijke wens geen rekening te houden, in het belang van de betrokkene zelf (art. 10,3) of van derden (art. 26,1).

³⁵ Zie over de relatie met het E.V.R.M. ook, GEVERS, J.K.M., o.c., (1994); ROSCAM ABBING, H.D.C., «Gezondheidsrecht in Europees perspectief» in *Liber amicorum André Prims*, Gent, Myns en Breesch, 1995, 292; volgens deze auteur, die deel uitmaakte van het redactiecomité dat het Verdrag opstelde, geeft het Verdrag in feite uitwerking aan diverse artikelen van het E.V.R.M. Daarom was het nodig niet alleen, zoals oorspronkelijk de bedoeling was, voor bijzondere situaties die door ontwikkelingen in de biomedische wetenschap tot vaak nieuwe, en meestal ingewikkelde gezondheidsrechtelijke vragen aanleiding geven, tot een internationale gemeenschappelijke standaard en normering te komen, maar ook om algemene kernrechten van de patiënt in relatie tot de gezondheidszorg te formuleren.

34. Art. 17,1,iv, legt een bijzondere en schriftelijke plaatsvervangende toestemming op voor wetenschappelijk onderzoek waarvan de resultaten potentieel een werkelijk en direct voordeel kunnen hebben voor de gezondheid van de wilsonbekwame.

35. Over deze beschermingsbepalingen bestaat wellicht een grote consensus. Zij steunen niet zozeer op het zelfbeschikkingsrecht dan wel op het rechtstreeks belang van de wilsonbekwame. Er is een evenwicht gevonden tussen de noodzakelijke bescherming van de wilsonbekwame en het garanderen van zijn medische verzorging.³⁶ Omdat in België geen sluitende wettelijke regeling van de plaatsvervangende toestemming voor meerderjarige wilsonbekwamen bestaat, impliceert de ratificatie van het Verdrag dat zo'n regeling wordt ingevoerd.

F. Rechtvaardige (gelijke) toegang tot de gezondheidszorg

36. Art. 3 legt de verdragspartijen op om aangepaste maatregelen te nemen teneinde een rechtvaardige toegang tot gezondheidszorg van een aangepast kwaliteitsniveau te verschaffen, rekening houdend met de gezondheidsbehoeften en de beschikbare middelen. Het gaat hier om een sociaal (patiënten)recht, geen individueel recht dat kan worden afgedwongen tegen de Staat (Toelichtend verslag, randnr. 26).

G. Respect voor professionele verplichtingen en standaarden

37. Overeenkomstig art. 4 dient iedere medische tussenkomst, met inbegrip van wetenschappelijk onderzoek, te worden uitgevoerd in overeenstemming met de geldende professionele verplichtingen en standaarden.

38. Dit is een bepaling waarvan de precieze inhoud op dit ogenblik moeilijk kan worden vastgesteld. Het principe is duidelijk en algemeen aanvaard. Het burgerlijk en strafrechtelijk aansprakelijkheidsrecht verplichten artsen nu reeds te handelen op een zorgvuldige wijze, conform de stand van de medische wetenschap van het ogenblik. Via het medisch tuchtrecht worden talrijke beroepsplichten opgelegd.

39. Maar deze bepaling doet ook vele vragen rijzen. Door deze bepaling ontstaat een verdragsrechtelijke tekst die zowel juridische als medisch-ethische normen omvat. De juridische normen zijn in het Verdrag omschreven. De medisch-ethische normen, voor zover ze niet samenvallen met de juridische, daarentegen niet. Volgens het toelichtend verslag kan het zowel om geschreven als ongeschreven regelen gaan. Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid kan dat worden betreurd.³⁷ Bovendien ontstaat het risico dat het gemeenschappelijk beschermingsniveau dat het Verdrag beoogt te bieden, aanzienlijk zal verschillen van lidstaat tot lidstaat wegens uiteenlopende opvattingen omtrent de medische beroepsplichten.

40. In het toelichtend verslag, randnr. 31, wordt geruststellend opgemerkt dat «the same medical duties may vary slightly from one society to another. However, the fund-

amental principles of the practice of medicine apply in all countries». Dat laatste mag juist zijn, de verschillen inzake invulling kunnen aanzienlijk zijn. Denk maar aan het beroepsgeheim waaromtrent in sommige lidstaten absolute en in andere lidstaten relatieve opvattingen bestaan. Of aan de verschillen betreffende de maatstaven die in het medisch tuchtrecht worden gebruikt, variërend van intercollegiaal gedrag tot de kwaliteit van het medisch handelen. Nog problematischer wordt het wanneer deze beroepsplichten zouden worden ingeroepen om op grond van art. 32 een reserve tegen een of andere bepaling te rechtvaardigen (zie verder). Hendriks wijst erop dat kan betwijfeld worden of gedragsregels voor artsen wel altijd voldoende toegankelijk zijn voor het publiek en dat de bevoegdheid van organisaties van artsen en onderzoekers om richtlijnen en gedragsregels op te stellen, niet altijd democratisch gelegitimeerd is.³⁸

41. Naast deze, in de huidige stand van zaken toch wel grote bezwaren tegen het opnemen van een referentie naar beroepsplichten en professionele standaarden, zijn er ook voordelen. Zo kan op die manier, zonder dat een wijziging van het Verdrag noodzakelijk is, op een soepele manier worden ingespeeld op nieuwe ontwikkelingen. De professionele standaard past zich daaraan doorgaans sneller aan dan de nationale of supranationale wetgever.

42. Inhoudelijk blijft het toelichtend verslag vaag over deze beroepsplichten. Her en der verspreid vindt men enkele voorbeelden. Zo is er de verplichting van een arts om te handelen in het belang van zijn patiënt en deze te beschermen tegen beslissingen van derden die niet in zijn belang zijn (randnr. 48). Ook de verplichting informatie te verstrekken aan de patiënt (randnr. 69) en de individuele hulpverleningsplicht (randnr. 70) worden afgeleid uit art. 4. Hetzelfde geldt voor de verplichting een orgaandonor te beschermen tegen onevenredige risico's (randnr. 127). Soms worden uit art. 4 verplichtingen afgeleid voor de verdragspartijen waarvan men zich afvraagt of ze niet uitdrukkelijk moeten worden bepaald in de verdragstekst zelf. Zo veronderstelt de toelichting bij art. 6 (plaatsvervangende toestemming voor wilsonbekwamen), op basis van art. 4, het bestaan van een beroepsprocedure tegen een beslissing van de plaatsvervanger, wanneer de arts van oordeel is dat deze niet in het belang is van de patiënt (randnr. 48).

H. Vrijheid van wetenschappelijk onderzoek

43. Art. 15 erkent de vrijheid van wetenschappelijk onderzoek op het gebied van de biologie en de geneeskunde, voor zover daarbij rekening wordt gehouden met de bepalingen van het Biogeneeskunde Verdrag en andere wettelijke bepalingen tot bescherming van het menselijk wezen.³⁹

³⁸ HENDRIKS, A., o.c., (1997), 78.

³⁹ Een aantal leden van het RCBI betreurt dat het Verdrag geen verplichting oplegt om wetenschappelijk onderzoek te verrichten (zie advies RCBI, 2.2.2.). Het valt niet goed in te zien hoe een dergelijke verplichting juridisch kan worden afgedwongen. Zij hoort niet thuis in een verdragsrechtelijke tekst.

³⁶ MCLEAN, S. en ELLISTON, S., «Bioethics, the Council of Europe and the draft Convention», *European Journal of Health Law*, 1995, 8.

³⁷ HENDRIKS, A., o.c., 59.

IV. BEPERKINGEN AAN DE UITOEFENING VAN RECHTEN EN VRIJHEDEN BIJ DE TOEPASSING VAN BIOLOGIE EN GENEESKUNDE

A. Beperkingen op grond van art. 26,1

44. Art. 26,1 bevat een door het E.V.R.M. geïnspireerde bepaling die beperkingen aan de uitoefening van de rechten en beschermende bepalingen vervat in het Verdrag verbiedt, behalve wanneer zij bij wet zijn bepaald en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor een van de volgende legitieme doeleinden: de openbare veiligheid, het voorkomen van een misdrijf, de bescherming van de volksgezondheid of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.⁴⁰

45. Krachtens art. 26,2 geldt deze mogelijkheid niet t.a.v. het discriminatieverbod op grond van genetische aanleg (art. 11), het verbod van een ingreep in de kiembaancellen (art. 13), het verbod van geslachtskeuze, behoudens ernstige geslachtsgebonden ziekten (art. 14), de beschermingsvoorwaarden voor wilsbekwame (art. 16) en wilsonbekwame proefpersonen (art. 17) - de beschermingsvoorwaarden voor levende wilsbekwame (art. 19) en wilsonbekwame donoren (art. 20) en het verbod winst te halen uit het menselijk lichaam of lichaamsdelen (art. 21).

B. Behandeling zonder toestemming van een geestesziekte

46. Art. 7 van het Verdrag laat toe dat een patiënt die aan een ernstige geestesziekte lijdt, zonder zijn of haar toestemming (en zonder de toestemming van een plaatsvervanger) onderworpen wordt aan een medische tussenkomst met het oog op de behandeling van deze ziekte voor zover de volgende voorwaarden vervuld zijn: zonder deze behandeling zal naar alle waarschijnlijkheid ernstige schade worden toegebracht aan zijn of haar gezondheid en de dwangbehandeling is in overeenstemming met bij wet bepaalde beschermende voorwaarden, waaronder toezicht, controle en beroepsprocedures.

47. In België bestaat er geen wettelijke regeling voor de behandeling zonder toestemming van geestesziek(t)en. Ratificatie van het Verdrag zal een gevoelige versterking van de rechtspositie van geesteszieken impliceren wat dit aspect betreft.

48. Dwangopname en dwangbehandeling ter bescherming van de volksgezondheid of de rechten van derden kunnen worden geregeld op grond van art. 26, 1.

C. Beperkingen aan het recht op weten en niet-weten

49. In het belang van de patiënt kunnen bij wet in uitzonderlijke gevallen beperkingen worden gesteld aan diens recht om kennis te krijgen van alle informatie die is verzameld over zijn gezondheid (de zgn. therapeutische exceptie). Ook kan

⁴⁰ HOFLING vindt het onaanvaardbaar dat beperkingen kunnen worden gesteld aan de bescherming van de menselijke waardigheid: deze is aan iedere belangenafweging onttrokken. Weliswaar sluit art. 26,2, een aantal beschermende maatregelen uit van beperkingen, maar die maatregelen zelf bevatten reeds te verregaande aantastingen van de betrokken waarden; HOFLING, W., o.c., 856.

zijn of haar wens om van bepaalde informatie gevrijwaard te blijven (recht op niet-weten) niet worden geëerbiedigd (art. 10,3). Beperkingen aan beide rechten ter bescherming van de volksgezondheid of de rechten van derden zijn mogelijk op grond van art. 16,1.

D. Niet-therapeutisch onderzoek met wilsonbekwamen

50. Wilsonbekwamen kunnen in de regel slechts worden onderworpen aan medische interventies die in hun rechtstreeks belang zijn (zie *supra*). Toch laat art. 17,2, uitzonderlijk en onder bij wet bepaalde voorwaarden wetenschappelijk onderzoek toe met een wilsonbekwame waarvan de resultaten potentieel geen rechtstreeks voordeel hebben voor de gezondheid van deze wilsonbekwame, op voorwaarde (ondermeer) dat het onderzoek slechts een minimaal risico en een minimale belasting impliceert voor de proefpersoon in kwestie en dat de betrokkene zich niet heeft verzet.

51. Wellicht is dit, samen met art. 20,2 (zie verder), de meest omstreden bepaling van het Verdrag omdat, hoe nauw omschreven ook, afgeweken wordt van het beginsel dat een wilsonbekwame slechts mag worden onderworpen aan een ingreep die in zijn of haar rechtstreeks voordeel is.⁴¹ Een bevoorrechte getuige heeft bevestigd dat deze bepalingen «gezien de uiterst gevoelige materie, het komt hoe dan ook neer op 'instrumenteel gebruik' van onbekwamen, de lichamelijke integriteit is in het geding, niet zonder slag of stoot zijn totstandgekomen». ⁴² Het wekt daarom enige verbazing dat het RCBI bij deze bepaling geen kritische kanttekeningen heeft gemaakt, maar haar integendeel rangschikt bij de (schaarse) bepalingen waarover consensus bestond (advies RCBI, 2.2.1.).

52. Vanzelfsprekend waren ook de auteurs van het Verdrag op de hoogte van art. 7 van het zgn. BUPO-verdrag.⁴³ Op het eerste gezicht sluit dit artikel ieder experiment, zowel therapeutische als niet-therapeutische, op wilsonbekwamen uit. Uit de voorbereidende stukken zou nochtans blijken dat het niet de bedoeling is van deze bepaling om experimenten die in het belang kunnen zijn van de proefpersoon te verbieden. Bossuyt concludeert uit de voorbereidende stukken dat men algemeen van mening was dat de onmogelijkheid om de toestemming te verkrijgen, niet elk experiment ontoelaatbaar zou maken.⁴⁴ Wat de experimenten be-

⁴¹ Vooral in Duitsland heeft deze bepaling aanleiding gegeven tot bitsige debatten: zie HONNEFELDER, L., o.c., 839, die van mening is dat deze regeling nauwelijks enger kon worden geformuleerd en HOFLING, W., o.c. Zie ook de verdediging van art. 17,2 in WINTER, S., (Duits lid van het redactiecomité), «Für eine offene Discussion», *Universitas*, 1996, 848-53.

⁴² ROSCAM ABBING, H.D.C., «Verdrag van de Raad van Europa inzake rechten van de mens en biogeneeskunde. Een reactie naar aanleiding van de beschouwing van Aart Hendriks», *NJCM Bulletin*, 1997, 513. Volgens haar munt art. 17,2, zeker niet uit in helderheid en kan men zelfs stellen dat deze bepaling juridisch niet correct is geformuleerd.

⁴³ Dat artikel luidt als volgt: «No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation».

⁴⁴ BOSSUYT, M., *Guide to the 'travaux préparatoires' of the ICCPR*, 1987, Dordrecht, 105.

treft die niet in het rechtstreeks belang kunnen zijn van de proefpersoon, leert de nadere bestudering van de totstandkoming van art. 7 dat het niet zo letterlijk moet worden begrepen dat er voor deze experimenten geen enkele ruimte zou zijn. Men moet bij de interpretatie van een verdragsbepaling ook rekening houden met het Weens verdrag inzake verdragsrecht, waarvan art. 31 bepaalt dat een verdragsbepaling moet worden uitgelegd «in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its objective and purpose».

Voor het begrijpen van de context van de tweede zin van art. 7, is de eerste zin van groot belang: deze verbiedt onmenselijke en vernederende behandelingen en folteringen. Het verbod van medische experimenten zonder toestemming lijkt dan ook vooral onderzoek met ongerechtvaardigde risico's of ernstige gevolgen te viseren, dat met onmenselijke behandelingen kan worden gelijkgesteld.⁴⁵

E. Weefselwegname bij een wilsonbekwame donor

53. Ook omstreden is art. 20,2, dat uitzonderlijk en onder wettelijk bepaalde beschermende voorwaarden mogelijk maakt dat regenererend weefsel (in de huidige stand van de medische kennis beperkt tot beenmerg) wordt afgenomen bij een levende wilsonbekwame donor, mits aan strenge voorwaarden is voldaan.

54. Ratificatie van het Verdrag door België zal ofwel een voorbehoud op grond van 36 van het Verdrag impliceren (zie hieronder), ofwel, bij voorkeur een wijziging van art. 7 Organtransplantatiewet.⁴⁶ Een letterlijke lezing van deze bepaling laat toe dat bij een levende minderjarige een nier (een niet-regenererend orgaan) wordt weggenomen.⁴⁷

F. Maken van een reserve of voorbehoud

55. Art. 36 geeft aan een verdragspartij de mogelijkheid een voorbehoud te maken t.a.v. een bepaling van het Biogeneeskunde Verdrag in de mate een op zijn grondgebied van kracht zijnde wet («any law then in force») niet in overeenstemming is met die bepaling. Aldus bijvoorbeeld art. 7 Organtransplantatiewet.

⁴⁵ Ook ROSCAM ABBING vindt dat art. 17,2, verdedigbaar is in het licht van art. 7 BUPO; zie ROSCAM ABBING, H.D.C. o.c. (1997); 514: in andere zin HENDRIKS, A., o.c., (1997), 84: «de conclusie moet luiden dat de Biogeneeskunde conventie geen valide basis biedt om het hoger beschermingsniveau van art. 7 IVBPR ter discussie te stellen»; zie ook diens repliek op het antwoord van Roscam Abbing in *NJCM-Bulletin*, 1997, 518; zie ook HENNAU-HUBLET, o.c., 39.

⁴⁶ Ik onderschrijf het standpunt van GEVERS dat «eventuele voorbehouden niet alleen kritisch dienen te worden beoordeeld in het licht van de doelstellingen van het Verdrag, maar ook dienen te worden afgewogen tegen het nadeel dat afgeweken wordt van een internationale consensus»; GEVERS, J.K.M., «De Biomedische Conventie en het Nederlandse recht» (*Nederlands Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 1997, 73).

⁴⁷ Zie daarover NYS, H., «Geneeskunde Recht en medisch handelen», in *A.P.R.*, Brussel, Story-Scientia, 1991, nr. 530 en VANSWEEVELT, T., «Organtransplantatiewet», in *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Kluwer, Rechtswetenschappen, losbl., art. 7-5.

56. In het toelichtend verslag, randnr. 174, wordt «wet» in ruime zin uitgelegd: niet enkel een wet in formele zin, maar door deontologische regelen uitgevaardigd door een beroepsorganisatie, die van toepassing zijn op de leden ervan en voor zover zij niet strijdig zijn met wettelijke regelen, komen in aanmerking om een voorbehoud te staven.⁴⁸

57. Zou België een voorbehoud kunnen laten gelden op grond van de code van medische plichtenleer uitgevaardigd door de nationale raad van de orde der geneesheren? Indien dat het geval zou zijn, zou op die manier het uitgangsbeschermingsniveau dat het Verdrag beoogt te bieden, kunnen worden aangetast. Ik denk bv. aan art. 33 van de code dat toelaat dat een ernstige prognose niet wordt meegedeeld aan de patiënt. De code is echter niet bindend en mag door de raden van de orde niet worden toegepast. In die zin is de code niet van toepassing op de leden van de orde der geneesheren en kan hij niet worden ingeroepen om een voorbehoud op te steunen.

58. Vanzelfsprekend kan ook een advies van het RCBI of van een andere commissie voor medische ethiek op zich geen voorbehoud schragen.

V. SLOTBESCHOUWINGEN

A. Een evaluatie

59. Het Biogeneeskunde Verdrag is tot nu zowel door een meerderheid van de lidstaten van de Raad van Europa als in de literatuur gunstig onthaald. Volgens Roscam Abbing mag het een prestatie worden genoemd dat er in dit stadium sprake is van internationale juridische consensus over onderwerpen met een hoog gehalte aan ethnische pluriformiteit. Zij noemt het voorts «een mijlpaal op internationaal vlak in de bescherming van de rechtspositie van de patiënt».⁴⁹

60. Dat er ook kritiek wordt geformuleerd op een tekst die op relatief korte tijd werd geschreven en die soms zeer uiteenlopende opvattingen tracht te verzoenen, ligt voor de hand. Het omgekeerde zou verbazing wekken.

61. Een van de meest gehoorde opmerkingen betreft de selectie van onderwerpen die (niet) in het Verdrag worden geregeld en de ondoorzichtigheid van de criteria op basis

⁴⁸ HENDRIKS betreurt dat uit deze toelichting valt op te maken dat de term «law» ruim dient te worden uitgelegd, «wellicht ruimer dan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens gewoon is te doen»; HENDRIKS, A., o.c., (1997), 78. ROSCAM ABBING is het daar niet mee eens. Volgens haar geeft de toelichting geen aanleiding te vrezen dat «law» ruimer zal worden begrepen dan tot nu toe in de rechtspraak op grond van het E.V.R.M. gebruikelijk. Krachtens deze rechtspraak moet zelfordening, om als «law» te worden bestempeld, bindend zijn, ingesteld zijn op het algemeen belang eerder dan op het groepsbelang, in openbaarheid functioneren en voor maatschappelijke controle toegankelijk zijn; ROSCAM ABBING, H.D.C., o.c., (1997), 511-512.

⁴⁹ ROSCAM ABBING, H.D.C., o.c., (1994), 314; DE WACHTER, M.A.M., o.c., 22: «the draft Convention is an important step forward in securing the protection of human rights and dignity of the human person. Most authors agree that the Convention has the potential to be a major instrument for the control of rapidly developing applications in biology and medicine».

waarvan deze keuze werd gemaakt.⁵⁰ Roscam Abbing noemt het onvermijdelijk dat niet alle relevante mensenrechtelijke aspecten van de toepassing van biologie en geneeskunde kunnen worden geregeld. Niet-geregelde aspecten moeten worden bekeken in het licht van de algemene beginselen die het Verdrag stelt en kunnen later eventueel in een protocol worden geregeld.⁵¹

62. Een andere veel geuite kritiek betreft het ontbreken van een duidelijk handhavingmechanisme. Er is niet voorzien in een klachten- of rapportageprocedure, waardoor de handhaving van het Verdrag een nationale aangelegenheid blijft (zie art. 23 en 30).⁵² Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is bevoegd om advies te verstrekken over juridische vragen betreffende de interpretatie van het Verdrag, op verzoek van de regering van een verdragspartij of van het CDBI, als een tweederde meerderheid dat wenst (art. 29). Maar het Verdrag geeft aan burgers niet de mogelijkheid om een zaak voor het Hof aanhangig te maken. Voor zover echter een inbreuk op het Biogeneeskunde Verdrag kan worden geconstrueerd als een inbreuk op het E.V.R.M. bestaat die mogelijkheid wel (toelichtend verslag, nr. 165).⁵³

63. Het lijkt me te vroeg om de precieze weerslag van het Biogeneeskunde Verdrag op de bescherming van de mensenrechten en de ontwikkeling van biologie en geneeskunde nu reeds in te schatten. Wie durfde bijna 50 jaar geleden de weerslag evalueren van het pas totstandgekomen E.V.R.M.? Wie kon toen vermoeden dat een bepaalde interpretatie van het onpartijdigheidsbeginsel in België bijna een volksofstand zou ontketen?

64. Ondanks de gebreken die eraan vastzitten, en die trouwens kunnen worden verholpen, moet het Biogeneeskunde

Verdrag worden verwelkomd als een belangrijke stap voorwaarts in de richting van een daadwerkelijke bescherming van patiënten en proefpersonen op een hoog en gelijk niveau.

B. Onthaal van het Verdrag van België

65. In België is het Biogeneeskunde Verdrag, enkele uitzonderingen buiten beschouwing gelaten, ofwel met grote onverschilligheid ofwel negatief bejegend geworden. Het lijkt wel alsof het onvermogen om bio-ethische kwesties in termen van consensus te benaderen zo diep is geworteld, dat een internationale juridische consensus daarover op zijn best met ongeloof en cynisme en op zijn slechts met op vooroordelen steunende onwil kan worden benaderd. In het advies van het RCBI zijn voorbeelden van beide benaderingen legio. Ik verwees al naar de rechtsbescherming van het ongeboren leven (zie noot 24). Sommige leden beschouwen het streven naar een brede consensus «op het niveau van de Europese cultuur» «op zichzelf als onzinnig», omdat het eigen is aan bio-ethische kwesties conflictueel van aard te zijn en waardenconflicten te genereren (advies RCBI, 2.1.2.). Dat is één opvatting over bio-ethiek. Afgezien daarvan moet worden herhaald dat het Biogeneeskunde Verdrag geen bio-ethisch document is, maar een internationaal verdrag, waarin wordt gepoogd (en zeker niet voor de eerste keer; cfr. de preambule van het Biogeneeskunde Verdrag) gemeenschappelijke uitgangspunten te formuleren veeleer dan de verschillen in de opvattingen te beklemtonen.

66. In het advies schuilt ook een dubbelzinnigheid wanneer door sommige leden enerzijds gesteld wordt «dat deze Conventie geen impact op het terrein zal hebben» (advies RCBI, 2.1.2), terwijl dezelfde leden anderzijds van oordeel zijn «dat deze ondertekening (van de Conventie) negatieve gevolgen kan hebben voor het wetenschappelijk onderzoek en voor de ontwikkeling van de wetenschap en de biomedische technieken in België. Hierdoor worden de belangen van patiënten in gevaar gebracht» (advies RCBI, 3.2). Los van alle andere retoriek maakt deze laatste bemerking klaar en duidelijk waarom voor sommigen het Biogeneeskunde Verdrag niet aanvaardbaar is: het brengt gevestigde onderzoekspraktijken in gevaar. De minister voor Volksgezondheid sprak reeds uit in deze zin: «wetende dat dergelijk onderzoek (met embryo's) bij ons plaatsvindt, onder meer aan de universiteiten, moet men zich daarover (met name art. 18,2 dat het doen ontstaan van embryo's voor onderzoek verbiedt) bezinnen (...). Het komt erop aan een realistisch standpunt ter zake in te nemen».⁵⁴

67. De vrees die sommigen bij de oprichting van het RCBI hebben geuit, nl. dat het dient als «bliksemafleider» en de regering in staat moet stellen om delicate dossiers voor zich uit te schuiven, lijkt, zeker in het geval van het Biogeneeskunde Verdrag, terecht te zijn.

Herman NYS
Centrum Biomedische ethiek en
recht, K.U. Leuven

⁵⁰ Zie in die zin HENDRIKS, A., o.c., (1995), 56; GEVERS, J.K.M., o.c., (1994), 459-460; HENNAU-HUBLET, o.c., 44. Deze kritiek heeft weliswaar betrekking op een ontwerp tekst, maar kan zonder problemen worden geëxtrapoleerd naar de Verdragstekst, omdat op dat punt geen fundamentele veranderingen werden aangebracht.

⁵¹ ROSCAM ABBING, H.D.C., o.c., (1996), 201; zij vermeldt een viertal redenen waarom een of ander onderwerp niet is behandeld: het ontbreken van een internationale consensus, bijvoorbeeld abortus; verschillen in legislatieve stijl en politieke benadering brachten soms mee dat uiteindelijk geen overeenstemming werd bereikt over de precieze formulering, hoewel men het wel eens was over het principe, bijvoorbeeld het verbod genetische gegevens te gebruiken buiten de gezondheidszorgsector; ten derde, onderwerpen waarover nog onvoldoende studie en debat is geweest, bijvoorbeeld het recht van minderjarigen te beschikken over medische informatie die preconceptueel of antenataal werd verzameld; en tenslotte medisch-technologische ontwikkelingen die nog te recent zijn zoals xeno-transplantatie (organen afkomstig van dieren gebruiken voor transplantatie bij de mens).

⁵² HENDRIKS, A., o.c., (1997), 77.

⁵³ In dezelfde zin ROSCAM ABBING, H.D.C., o.c., (1996), 201; dezelfde (1995), 292.

⁵⁴ Kamer, Hand., 14 november 1996, 110-3950.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 4 OKTOBER 1994

Voorzitter: de h. D'haenens

Rapporteur: de h. Dhaeyer

Openbaar ministerie: de h. Goeminne

Advocaat: mr. Denys

1. Stedenbouw – Afbraak – Vergunningsplicht – 2. Raad van State – Regularisatievergunning – Schorsing van de strafvordering – Verjaring

1. De vraag of de afbraak van een gebouw – bouwvallig of niet – gevolgd door het optrekken van dit bouwwerk in precies dezelfde vorm en afmetingen, als niet aan vergunningsplicht onderworpen onderhouds- en instandhoudingswerkzaamheden wordt aangemerkt, wordt getoetst aan de aard en de omvang van de uitgevoerde werkzaamheden en wordt op onaantastbare wijze beoordeeld door de feitenrechter.

2. De omstandigheid dat bij de Raad van State een beroep tot nietigverklaring van de weigering tot het verlenen van een regularisatievergunning aanhangig is, vormt geen wettelijk beletsel voor het instellen of het uitoefenen van de strafvordering en schorst mitsdien de verjaring van de strafvordering niet.

A.

Gelet op het bestreden arrest, op 1 april 1993 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

...

Over het eerste en tweede middel:

Overwegende dat artikel 44, § 1, 1, Wet Ruimtelijke Ordening en Stedenbouw, onder meer bepaalt dat niemand mag afbreken zonder voorafgaande schriftelijke en uitdrukkelijke vergunning van het college van burgemeester en schepenen, instandhoudings- of onderhoudswerken uitgezonderd;

Overwegende dat de appelrechters, na te hebben vastgesteld dat eiser «een hoevegebouw heeft laten slopen», «dat het zuidergedeelte van het complex, dat in bouwvallige staat verkeerde, werd afgebroken en wederopgebouwd», hun oordeel dat «de afbraak van een gebouw - bouwvallig of niet - vergunningsplichtig is», laten steunen op de overwegingen dat dit zo is zelfs als «achteraf dit bouwwerk in precies dezelfde vorm en afmetingen (...) met dezelfde materialen weer wordt opgetrokken» en de «sloping gebeurt met het oogmerk om het (gebouw) bewoonbaar te maken (...) (of) het te behouden in de vorige staat»;

Overwegende dat de appelrechters hiermee eisers aanvoering dat hij slechts niet aan vergunningsplicht onderworpen onderhouds- en instandhoudingswerken heeft uitgevoerd, toetsen aan de aard en de omvang van de door hem uitgevoerde werken en, met vermelding van de feitelijke gegevens waarop zij hun beslissing laten steunen en waarover partijen tegenspraak hebben kunnen voeren, dit verweer afwijzen en in feite, mitsdien op onaantastbare wijze oorde-

len dat het te dezen aan vergunningsplicht onderworpen afbraakwerken betreft, zodoende hun beslissing naar recht verantwoorden;

Dat de middelen niet kunnen worden aangenomen;

Over het derde middel:

Overwegende dat eiser vervolgd wordt om, onder meer, zonder voorafgaande schriftelijke en uitdrukkelijke vergunning, een onbewoonbaar hoevegebouw gesloopt te hebben tot en met de funderingen;

Overwegende dat eisers verweer dat geen vergunning vereist was, noch het oordeel van de rechters over die telastlegging, het vooraf oplossen van een rechtsvraag impliceren; dat de omstandigheid dat bij de Raad van State een beroep tot nietigverklaring van de weigering tot het verlenen van een regularisatievergunning aanhangig is, geen wettelijk beletsel voor het instellen of het uitoefenen van de strafvordering vormt, mitsdien de verjaring van de strafvordering niet schorst;

...

NOOT – 1. Het bestreden arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 1 april 1993 werd gepubliceerd in het *R.W.*, 1993-94, 25.

2. Zie ook *Rb. Antwerpen*, 6 februari 1981, *Pas.*, 1982, III, 39; *Hof Luik*, 12 december 1972, *J.T.*, 1973, 142; *D. D'Hooghe en J. Bouckaert*, «Omtrent instandhoudingswerken en herstelmaatregelen», *A.J.T.*, 1994-95, 606.

HOF VAN CASSATIE

VERENIGDE KAMERS – 14 FEBRUARI 1996

Eerste voorzitter: de h. Stranard

Openbaar ministerie: de h. baron Velu, procureur-generaal, en de h. du Jardin, eerste advocaat-generaal

Advocaten: mrs. Gérard, Lambert, Vanderveeren, Verdussen, Mayence, Erkes, Van Doosselaere, Koning, de Béco, Maussion, Cahen, Cruyplants, De Baerdemaeker, Bartholomeeusens, Foriers, Klees en Vergauwen

1. Rechten van verdediging – Uiteenzetting van de zaak 2. Strafvordering – Voorlezing van de stukken

1. De omstandigheid dat het openbaar ministerie de in art. 190 Sv. bedoelde uiteenzetting op een tendentieuze manier zou hebben voorgedragen, doet geen afbreuk aan het vermoeden van onschuld en de gelijkwaardigheid der partijen, en berooft de beschuldigde en de beklaagden niet van een eerlijk proces, aangezien zij de gehele duur van de debatten de mogelijkheid hebben gehad de hen ten laste gelegde feiten te betwisten, hun eigen interpretaties ervan voor te dragen en hun verweermiddelen toe te lichten.

2. De voorlezing van de processen-verbaal of verslagen door de griffier is niet voorgeschreven op straffe van nietigheid. De correctionele rechter is niet verplicht het verzoek om die stukken voor te lezen in te willigen.

Krachtens art. 190 Sv. staat de rechter de voorlezing enkel toe als hij dat nuttig acht voor de verdediging en de ontdekking van de waarheid. Hij moet een dergelijk verzoek afwijzen telkens als hij van oordeel is dat die maatregel geen invloed kan hebben op de beoordeling van de feiten van de zaak.

Procureur-generaal bij het Hof van Cassatie t/ C. e.a.

1. Wat de uiteenzetting van het openbaar ministerie betreft:

Overwegende dat de omstandigheid dat het openbaar ministerie de in artikel 190 van het Wetboek van Strafvordering bedoelde uiteenzetting op een tendentieuze manier zou hebben voorgedragen geen afbreuk doet aan het vermoeden van onschuld en de gelijkwaardigheid der partijen en de beschuldigde alsook de beklaagden niet berooft van een eerlijk proces, aangezien zij de gehele duur van de debatten de mogelijkheid hebben gehad de hen ten laste gelegde feiten te betwisten, hun eigen interpretatie ervan voor te dragen en hun verweermiddelen toe te lichten;

2. Wat de voorlezing van de stukken betreft:

Overwegende dat de voorlezing van de processen-verbaal of verslagen door de griffier niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven;

Overwegende dat de correctionele rechter niet verplicht is het verzoek om die stukken voor te lezen in te willigen;

Dat, krachtens artikel 190 van het Wetboek van Strafvordering, de rechter de voorlezing enkel toestaat als hij dat nuttig acht voor de verdediging en de ontdekking van de waarheid; dat hij een dergelijk verzoek moet afwijzen telkens als hij van oordeel is dat die maatregel geen invloed kan hebben op de beoordeling van de feiten van de zaak;

Overwegende dat de beschuldigde en de beklaagden te dezen inzage hebben kunnen nemen van de processen-verbaal of verslagen en daarvan afschrift hebben kunnen krijgen;

Dat gelet hierop de gevraagde voorlezing niet nuttig is;

(...)

NOOT – *Over de voorlezing van de stukken door de griffier*

1. Reeds menigmaal heeft het Hof van Cassatie beslist dat de voorlezing van de processen-verbaal of verslagen door de griffier niet is voorgeschreven op straffe van nietigheid (Cass., 13 juli 1881, *Pas.*, 1881, I, 346; Cass., 6 oktober 1902, *Pas.*, 1902, I, 342). Het Franse Hof van Cassatie besliste trouwens in dezelfde zin (Cass.fr., 26 mei 1882, *Sir.*, 1883, I, 391; Cass.fr., 31 december 1885, *Sir.*, 1886, I, 144; Cass.fr., 7 juni 1902, *Bull.crim.*, nr. 215).

2. Ten einde nutteloze kritiek te voorkomen, preciseerde het Hof van Cassatie bovendien dat de beklaagden inzage hadden kunnen nemen van de stukken en daarvan afschrift konden krijgen. De betrokkenen hadden bijgevolg kennis van de zaak, zodat de voorlezing van de processen-verbaal en van de verslagen de behandeling alleen maar nodeloos kon vertragen.

Les attendus d'un arrêt sont-ils toujours inattendus par les avocats?

A. Vandeplas

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 27 FEBRUARI 1997

Voorzitter-rapporteur: de h. Sace

Openbaar ministerie: de h. Piret

Bevoegdheid en aanleg – Politierechtbank – Vergoeding van schade ontstaan uit een verkeersongeval – Uitsluitende bevoegdheid

De politierechtbank is bij uitsluiting bevoegd om kennis te nemen van de geschillen betreffende de vergoeding van schade ontstaan uit een verkeersongeval.

Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel
in zake T. t/ Waals Gewest en Stad Nijvel

Gelet op het bestreden vonnis, op 10 september 1996 gewezen door de Arrondissementsrechtbank te Nijvel;

Over het middel: schending van artikel 601bis van Ger.W., *doordat* het vonnis zegt dat de zaak tot de bevoegdheid van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Nijvel behoort op grond dat de rechtbank, met toepassing van artikel 568 Ger.W. bevoegd blijft om kennis te nemen van alle vorderingen tot vergoeding van schade ontstaan uit een verkeersongeval, *terwijl* uit de tekst van artikel 601bis Ger. W. en uit de wetgeschiedenis blijkt dat de wetgever de politierechtbank bevoegd heeft willen maken voor alle vorderingen betreffende de vergoeding van schade ontstaan uit een verkeersongeval; zulks trouwens het enige middel was om een van de doelstellingen van de wet te bereiken, namelijk de hoven van beroep volledig te ontlasten van verkeerszaken;

Overwegende dat artikel 601bis Ger. W. bepaalt dat de politierechtbank kennis neemt, ongeacht het bedrag, van alle vorderingen tot vergoeding van schade ontstaan uit een verkeersongeval zelfs indien het zich heeft voorgedaan op een plaats die niet toegankelijk is voor het publiek;

Dat uit die tekst en de geschiedenis van de wet van 11 juli 1994, waarbij die wetbepaling in het Gerechtelijk Wetboek werd ingevoegd, blijkt dat de wetgever de politierechtbank bij uitsluiting bevoegd heeft willen maken om kennis te nemen van de geschillen betreffende de vergoeding van schade ontstaan uit een verkeersongeval;

Dat de arrondissementsrechtbank, nu zij beslist dat de rechtbank van eerste aanleg op grond van artikel 568 Ger. W. bevoegd blijft om kennis te nemen van een vordering tot vergoeding van schade ontstaan uit een verkeersongeval, artikel 601bis van dat wetboek schendt;

Dat het middel gegrond is;

...

NOOT – *De uitsluitende bevoegdheid van de politierechtbank*

1. De vraag of de bevoegdheid van de politierechtbank om kennis te nemen van de geschillen betreffende de vergoeding van schade ontstaan uit een verkeersongeval al dan niet exclusief is, heeft aanleiding gegeven tot talrijke betwistingen. Terwijl de meeste rechtscollages opteerden voor een uitsluitende bevoegdheid van de politierechtbank in civiele zaken, verklaarden een aantal auteurs zich tegenstander van de toekenning van een exclusieve bevoegdheid (voor een

overzicht: Laenens, J., «De bevoegdheden van de politierechtbank in civiele zaken», in Depuydt, P. e.a., *Aanleg en bevoegdheid – Betekening in het buitenland – Bewijs – Vaststelling – Dwangsom – Verantwoordelijkheid*, 1996, (1), 6-7, nrs. 5-9).

2. Het Hof van Cassatie heeft thans in bovenstaand arrest de knoop definitief doorgehakt: uit de tekst van art. 601bis Ger.W. en de geschiedenis van de wet van 11 juli 1994, waarbij die wetsbepaling in het Gerechtelijk Wetboek is ingevoegd, blijkt dat de wetgever de politierechtbank bij uitsluiting bevoegd heeft willen maken om kennis te nemen van de geschillen betreffende de vergoeding van schade ontstaan uit een verkeersongeval.

3. Uit de *ratio legis* van voormelde wet volgt inderdaad deze exclusiviteit. Het hoofddoel van de hervorming was het wegwerken van de gerechtelijke achterstand in de hoven van beroep «die overstelpt zijn met geschillen inzake verkeersongevallen». Slechts door het volledig onttrekken van de civiele geschillen betreffende verkeerszaken aan de vrede-rechter, de rechtbank van eerste aanleg en de rechtbank van koophandel kon deze doelstelling gerealiseerd worden (zie Laenens, J., *Comm. Ger.*, art. 601bis, nr. 4).

4. De toekenning van een uitsluitende bevoegdheid aan de politierechtbank heeft tot gevolg dat de voorwaardelijke volheid van bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg dan niet meer geldt inzake de vorderingen tot vergoeding van schade ontstaan uit een verkeersongeval (art. 568 Ger.W.). Om die reden werd het bestreden vonnis vernietigd (Arrondrb. Nijvel, 10 september 1996, *J.T.*, 1997, 61, noot). Inzake vorderingen tot vergoeding van schade ontstaan uit een verkeersongeval is bijgevolg steeds een ambts-halve onderzoek van de materiële bevoegdheid noodzakelijk. Bij verstek van de verweerder moet de rechtbank van eerste aanleg eveneens haar materiële bevoegdheid in deze onderzoeken.

Jean Laenens

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 12 MEI 1997

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaten: mrs. Verbist en Simont

Werkloosheid – Recht op uitkeringen – Werkloze – Begrip – Conventioneel brugpensioen – Werkhervatting – Gevolg

Ingevolge de door hem gemaakte keuze, kan de bruggepensioneerde tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd niet meer als werkzoekende worden beschouwd. Na een werkherhervatting kan hij derhalve niet meer als werkloze in het gewone stelsel van het Werkloosheidsbesluit 1991 worden aanvaard.

R. t/ R.V.A.

Gelet op het bestreden arrest, op 22 februari 1996 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

...

Overwegende dat het arrest vaststelt: 1. dat eiser vanaf 1 november 1990 het conventioneel brugpensioen genoot waarbij hem krachtens het koninklijk besluit van 20 augustus 1986 werkloosheidsuitkeringen als bruggepensioneerde werden toegekend; 2. dat eiser per brief, toegekomen bij verweerder op 5 augustus 1992, meldde dat hij vanaf 1 september 1992 opnieuw tewerkgesteld zou zijn en dat hij vanaf die datum definitief afstand deed van zijn recht op brugpensioenuitkeringen van verweerder; 3. dat eiser na een tewerkstelling bij zijn vroegere werkgever van 1 tot en met 30 september 1992, met formulier C109 van 29 december 1992 werkloosheidsuitkeringen vroeg vanaf 1 januari 1993, met de vermelding dat hij onbetaald verlof had genomen vanaf 1 oktober 1992 tot 31 december 1992; 4. dat eiser op 4 mei 1993 met formulier C8 volledig afstand deed vanaf 1 januari 1993 «van het recht op het stelsel brugpensioen» en code 0154 A vroeg;

Dat het arrest oordeelt dat in het koninklijk besluit van 20 augustus 1986 nergens de mogelijkheid geboden wordt om van het brugpensioenstelsel over te stappen naar het stelsel als bepaald in het Werkloosheidsbesluit 1991 en dat eiser, mits hij dit vraagt, ten aanzien van verweerder opnieuw kan worden toegelaten in het brugpensioenstelsel;

Overwegende dat het stelsel van het conventioneel brugpensioen, bedoeld in het koninklijk besluit van 20 augustus 1986, ingevoerd werd door de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 17 van de Nationale Arbeidsraad van 17 december 1974, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 16 januari 1975;

Dat uit artikel 1 van die collectieve arbeidsovereenkomst blijkt dat dit stelsel ten gunste van sommige bejaarde werknemers werd ingesteld om het hoofd te bieden aan toestanden van krappe werkgelegenheid en inzonderheid om de tewerkstelling van jongere werknemers te bevorderen;

Dat, krachtens die regeling, de laatste werkgever de oudere werknemer die hij ontslaat, een aanvullende vergoeding dient uit te betalen tot op de datum dat die werknemer de leeftijd bereikt waarop zijn rustpensioen ingaat; dat die aanvullende vergoeding berekend wordt op grond van het verschil tussen het nettoreferteloon en de werkloosheidsuitkering;

Overwegende dat artikel 4 van voormelde collectieve arbeidsovereenkomst de toekenning van de aanvullende vergoeding aan het recht op werkloosheidsuitkeringen bindt en artikel 10 van deze collectieve arbeidsovereenkomst de toekenning van het brugpensioen afhankelijk maakt van de aanvaarding van dit stelsel door de in aanmerking komende ontslagen werknemer;

Dat die aanvaarding erop neerkomt dat de ontslagen werknemer het brugpensioenstelsel aanvaardt totdat hij de pensioengerechtigde leeftijd bereikt, zodat hij aldus in beginsel de arbeidsmarkt definitief verlaat;

Overwegende dat, omdat zij niet meer als werkzoekenden worden beschouwd, de conventioneel bruggepensioneerden voor het ontvangen van de werkloosheidsuitkeringen niet dienen te voldoen aan alle voorwaarden die gelden voor gewone werklozen om in aanmerking te komen voor werkloosheidsuitkeringen; dat opeenvolgende koninklijke besluiten de gerechtigden op een conventioneel brugpensioen vrijgesteld hebben van de vereiste beschikbaarheid

voor de arbeidsmarkt, van de verplichting elke passende dienstbetrekking te aanvaarden, van de verplichte inschrijving als werkzoekende, van de voorwaarde arbeidsgeschied te zijn en van de werklozencontrole;

Overwegende dat uit dit alles volgt dat de bruggepensioneerde, ingevolge de door hem gemaakte keuze, tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd niet meer als werkzoekende kan worden beschouwd, mitsdien na een tewerkstelling niet meer als werkloze in het gewone stelsel van het koninklijk besluit van 25 november 1991 kan worden aanvaard;

Overwegende dat het arrest op grond van zijn vaststellingen, zonder schending van de in het middel aangewezen wetsbepalingen vermocht te beslissen: «Het statuut van bruggepensioneerde (is) aan de ontslagen werknemer eens en voor altijd toegekend. Dit betekent dat elke werkloosheidsvergoeding in de toekomst zal gebeuren onder dit definitief verworven statuut» en dat de vordering van eiser om werkloosheidsuitkeringen te ontvangen volgens het gewone stelsel ongegrond is;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

5e KAMER – 28 APRIL 1997

Voorzitter: de h. Leemans

Raadsheren: de hh. Hulpiau en Lemmens

Advocaten: mrs. Wagemans, Vissers, Passemiers en Claes
loco Lecoutre

Voorrechten – Voorrecht verhuurder – Stofferende goederen – Schuldvordering koopprijs – Zakelijke subrogatie

Het voorrecht van de verhuurder op de stofferende goederen kan worden uitgeoefend op de prijs die verschuldigd is door de koper van deze goederen. Dit geldt onverminderd wanneer de huurder failliet werd verklaard en de koopprijs werd betaald aan de curator.

N.V. G. en B. t/ Faillissement B.V.B.A. J., R.S.Z. en
Belgische Staat

Het bestreden vonnis dd. 27 november 1996 van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen heeft het ontwerp van afrekening van de curator van het faillissement van BVBA Jamco, eerste geïntimeerde, bevestigt. Daardoor verwierp de eerste rechter de aanspraken die appellante maakte op een bedrag van 300.000 fr. op basis van het ingeroepen voorrecht van de niet betaalde verhuurder (art. 20, 1°, Hyp.W.).

Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie op 13 februari 1997 tekende appellante hoger beroep aan. Zij handhaaft haar standpunt gerechtigd te zijn op uitkering bij voorrang voor de andere schuldeisers van het bedrag van 300.000 fr.

...

Overwegende dat de gefailleerde, huurder van appellante, het handelsfonds tijdens de verdachte periode heeft verkocht; dat dit tot gevolg heeft gehad dat het gehuurde onroerend goed volledig ontruimd werd, zodanig dat naar aan-

leiding van het opstellen van de inventaris de curator niets meer in het onroerend goed in kwestie kon aantreffen;

Overwegende dat men de opbrengst van deze verkoop de pandhoudende schuldeiser werd betaald die handlichting heeft gegeven;

Overwegende dat de curator van oordeel was dat het handelsfonds aanzienlijk meer waard was dan de verkregen prijs; dat hij, kennelijk op grond van art. 445, tweede lid, Faill.W., een dading met de koper heeft gesloten waarbij deze nog een bedrag van 300.000 fr. betaalde, dading die behoorlijk werd gehomologeerd.

Overwegende dat appellante van oordeel is dat zij haar gevoorrechte schuld (op zich niet betwist en bedragend 301.599 fr.) op dit bedrag kan verhalen bij voorrang boven de andere schuldeisers; dat zij van oordeel is dat dit bedrag het onderpand uitmaakt van haar bevoorrechte schuldvordering;

Overwegende dat het door de curator verkregen prijs-supplement geen immaterieel karakter heeft, zoals door hem wordt beweerd, maar (een deel van) de geldelijke tegenprestatie uitmaakt die de koper heeft betaald voor de verwerving van het handelsfonds van de gefailleerde; dat deze som derhalve een materieel en concreet karakter heeft; dat de verkregen geldsom nog geïndividualiseerd aanwezig is in handen van de curator (volgens toelichting zelfs het enige gerealiseerde actief uitmaakt);

Overwegende dat de curator ten onrechte opwerpt dat hij bij het verkrijgen van dit supplement enkel zou zijn opgetreden voor de gewone schuldeisers; dat het verwerven van deze extra-opbrengst kadert in de normale uitoefening van zijn wettelijke opdracht, ongeacht aan wie van de schuldeisers zijn optreden ten goede zal komen;

Overwegende dat overigens dient te worden opgemerkt dat eerste geïntimeerde uitsluitend gerechtigd was zich op de toepassing van art. 445, tweede lid, Faill.W. te beroepen om deze extra-opbrengst te bekomen;

Overwegende dat de som van 300.000 fr. in de plaats is gekomen van het vermogensbestanddeel van de gefailleerde (het handelsfonds), waarvan, het ten dele de prijs uitmaakt;

Overwegende dat eerste geïntimeerde in zijn feitelijke toelichtingen zelf een opsomming heeft gegeven van de bestanddelen die dit handelsfonds vormden; dat dit onder meer bestond uit keukens die in de toonzaal van de gefailleerde stonden en uit bureaumateriaal; dat de bewering dat het om goederen ging die onroerend waren geworden door bestemming de vaststelling niet verhindert dat het om stofferende huisraad ging in de zin van art. 20, 1°, Hyp.W. en aldus het onderpand van het voorrecht van de verhuurder uitmaakte;

Overwegende dat in de mate dat het prijs-supplement van 300.000 fr. betrekking heeft op deze goederen, appellante door de zakelijke indeplaatsstelling haar voorrecht op deze opbrengst kan laten gelden;

Overwegende dat hieraan geen afbreuk wordt gedaan door de omstandigheid dat bij het openvallen van het faillissement er geen stofferende huisraad meer aanwezig was; dat het voorrecht van appellante evenmin is teloorgegaan door de omstandigheid dat zij naar aanleiding van de verplaatsing van de inboedel van het verhuurde goed geen beslag heeft gelegd ter bescherming van de uitvoeringsmogelijkheden op de goederen die het onderpand van haar voorrecht uitmaakten;

Overwegende dat door de betaling van het prijssupplement dit voorrecht opnieuw een concreet voorwerp heeft gekregen;
(...)

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

7e KAMER – 2 JANUARI 1997

Voorzitter: mevr. Van de Velde

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Hoebeek en Heinckens

Openbaar ministerie: de h. Decrock

Advocaten: mrs. Rowé loco De Bock, Rosenoer en Malsehaert

Taalgebruik – Bestuurszaken – Inwoner van Sint-Genesius-Rode – Werkloosheid – Recht op uitkeringen – R.V.A. – Beslissing tot niet-toelating – Akte – Nederlands verplicht

De beslissing van de R.V.A. waarbij een persoon met woonplaats te Sint-Genesius-Rode niet toegelaten wordt tot het recht op uitkeringen (document-C.29), is een akte en geen formulier. Ze moet derhalve in het Nederlands worden gesteld.

R.V.A. t/ M. en Hulpkas voor Werkloosheidsuitkeringen

Bij beslissing van de inspecteur van het gewestelijk werkloosheidsbureau Vilvoorde van 13 april 1989 wordt eerste geïntimeerde niet toegelaten tot het recht op werkloosheidsuitkeringen op 7 november 1988 (beslissing in de Nederlandse taal).

De vertaling van deze beslissing met datumstempel 2 april 1989 wordt aan eerste geïntimeerde betekend op 2 juni 1989.

Bij verzoekschrift van 26 juni 1989 en ontvangen ter griffie op 27 juni 1989 wordt beroep aangetekend (Franse taal).

...

Bij verzoekschrift dd. 3 april 1992 wordt beroep ingediend in de Nederlandse taal tegen de beslissing van 13 april 1989.

...

Beoordeling door het Hof

Artikel 32, eerste lid, van het koninklijk besluit van 18 juli 1966 houdende coördinatie van de wetten op het gebruik der talen in bestuurszaken bepaalt dat onder gewestelijke diensten worden verstaan diensten in de zin van artikel 1, § 2, waarvan de werkkring meer dan een gemeente, maar niet heel het land bestrijkt.

Artikel 7 van voormeld koninklijk besluit bepaalt dat de gemeenten Drogenbos, Kraainem, Linkebeek, Sint-Genesius-Rode, Wemmel en Wezembeek-Oppem worden begiftigd met een eigen regeling; zij worden randgemeenten genoemd.

Artikel 33 van voormeld koninklijk besluit is *in casu* niet van toepassing aangezien dit artikel betrekking heeft op de gewestelijke dienst waarvan de werkkring uitsluitend gemeenten zonder speciale regeling uit het Nederlandse of het Franse taalgebied bestrijkt.

Artikel 34, § 1, a, van voormeld koninklijk besluit bepaalt dat die paragraaf toepasselijk is op iedere gewestelijke dienst waarvan de werkkring gemeenten met een speciale taalregeling of met verschillende regelingen uit het Nederlandse

of het Franse taalgebied bestrijkt en waarvan de zetel gevestigd is in hetzelfde gebied.

Artikel 34, § 1, derde lid, van genoemd koninklijk besluit bepaalt:

«De berichten, mededelingen en formulieren, die hij rechtstreeks aan het publiek richt en de formulieren die hij op dezelfde wijze afgeeft, stelt hij in de taal of talen die ter zake opgelegd zijn aan de plaatselijke diensten van de gemeenten waar zijn zetel gevestigd is. Nochtans, wanneer de gewestelijke dienst gevestigd is in een gemeente zonder speciale taalregeling geniet het publiek uit de gemeenten van het ambtsgebied die aan een andere taalregeling onderworpen zijn of die begiftigd zijn met een speciale taalregeling, ten aanzien van de rechtstreeks afgegeven formulieren, dezelfde rechten als in genoemde gemeenten. De berichten, mededelingen en formulieren, die aan het publiek worden verstrekt door de bemiddeling van de plaatselijke diensten worden gesteld in de taal of talen welke die diensten voor soortgelijke bescheiden moeten gebruiken»; het vierde lid bepaalt verder:

«In zijn betrekkingen met een particulier gebruikt bovengenoemde gewestelijke dienst de taal die te dezer zake opgelegd is aan de plaatselijke diensten van de woonplaats van de betrokken particulier»; en het vijfde lid zegt:

«De akten, getuigschriften, verklaringen, machtigingen en vergunningen worden gesteld in de taal die de plaatselijke diensten van de woonplaats van de aanvrager moeten gebruiken. Wanneer ingevolge die regeling aan betrokkene geen taalkeuze gelaten wordt kan hij, voor zover hij er de noodzaak van aantoonde, een vertaling van het bescheid bekomen onder de in artikel 13, § 1, bepaalde voorwaarden».

De eerste rechter heeft ten onrechte de administratieve beslissing – C.29 – als een formulier beschouwd, met toepassing van de artikelen 24 en/of 25 van voormeld koninklijk besluit, terwijl de beslissing een akte is en geen eenvoudig formulier.

Artikel 30 is van toepassing en daarin wordt bepaald dat de akten in de gemeenten Sint-Genesius-Rode en Wezembeek-Oppem in het Nederlands worden gesteld.

De administratieve beslissing van 13 april 1989 diende in het Nederlands te worden gesteld.

Met toepassing van artikel 7, § 11, tweede lid van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de sociale zekerheid der werknemers moeten de beslissingen van de directeur van het gewestelijk bureau van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening of van het personeelslid van het gewestelijk bureau dat door de directeur-generaal van de Rijksdienst is aangewezen op straffe van verval, binnen een maand na de kennisgeving of bij gebrek aan kennisgeving binnen een maand te rekenen vanaf de dag waarop de betrokkene er kennis van heeft gehad, aan de bevoegde arbeidsrechtbank worden voorgelegd.

De verzoekschriften ter griffie ontvangen op 27 juni 1989 (Franstalig) en op 3 april 1992 (Nederlandstalig) gericht tegen de administratieve beslissing van 13 april 1989 zijn niet ontvankelijk wegens tardiviteit.

Met toepassing van artikel 862, § 1, 1° en § 2 van het Gerechtelijk Wetboek wordt de nietigheid of het verval ambshalve uitgesproken door de rechter, indien de termijnen die op straffe van verval zijn voorgeschreven, zoals in dezen, niet nageleefd werden.

Terecht heeft de advocaat-generaal in zijn schriftelijk advies neergelegd ter openbare terechtzitting van 28 november 1996 opgemerkt dat artikel 58 van de wetten op het gebruik der talen gecoördineerd op 18 juni 1966, niet van toepassing is, en «dat, zelfs indien dit artikel toepassing zou vinden, de vervanging van de betwiste akte dan enkel uitwerking heeft vanaf de datum van betekening van het te vervangen stuk.

De beroepstermijn begint immers te lopen vanaf de betekening van de C.29 en niet vanaf de vertaling, waarop betrokkene overigens geen recht had, omdat zij daartoe geen belang bewees en zich daartoe tot de provinciegouverneur had moeten wenden».

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL VAN DENDERMONDE (AFDELING SINT-NIKLAAS)

4e KAMER – 15 APRIL 1997

Voorzitter: de h. Huyghens

Advocaten: mrs. Koslowski en Lenssens

Faillissement – Gefailleerde – Briefwisseling – Verplichting van De Post tot afgifte

Krachtens art. 478 Faill.W. is De Post gehouden tot de afgifte van de briefwisseling van de gefailleerde aan de curator. Zij kan aan deze verplichting geen voorwaarden of kosten verbinden.

Faillissement P.A. t/ De Post

De vordering is ingeleid bij geregistreerd exploit van dagvaarding betekend op 14 mei 1996 door het ambt van plaatsvervangend gerechtsdeurwaarder L. met standplaats te Brussel. Zij strekt ertoe gedaagde te horen bevelen om onvoorwaardelijk de briefwisseling toegezonden aan de gefailleerde overeenkomstig art. 478 van de wet van 18 april 1851 aan aanlegger q.q. te overhandigen en zulks onder verbeurte van een dwangsom van 10.000 frank per vastgestelde overtreding. Aanlegger vordert tevens te zeggen voor recht dat het K.B. van 14 september 1992 strijdig is met de wet van 18 april 1851 en dat overeenkomstig art. 107 van de Grondwet de rechtbank gemachtigd is dit K.B. niet toe te passen aangezien het niet in overeenstemming is met de wet van 18 april 1851. Aanlegger vordert ten slotte de veroordeling van gedaagde tot de gedingkosten.

Ingevolge art. 478 Faill.W. dienen de aan de gefailleerde toegezonden brieven aan de curator te worden overhandigd die ze opent, gebeurlijk in aanwezigheid van de gefailleerde.

De Post heeft nu beslist de nazending van de briefwisseling van de gefailleerde enkel uit te voeren nadat de curator een formulier 124M heeft ingevuld en de door de Post bepaalde taks heeft betaald. Deze taks beloopt thans 315 frank voor de eerste zes maanden van nazending en vervolgens 500 frank per schijf van zes maanden.

Aanlegger is van oordeel dat de Post de wettelijke bepaling van art. 478 Faill.W. miskent door de vervulling ervan aan bepaalde voorwaarden te onderwerpen. Verweerster van

haar kant stelt dat zij deze tarifiëring kan opleggen op grond van het beheerscontract voorzien in de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven. ...

Ingevolge art. 478 Faill.W. is de Post gehouden de briefwisseling van de gefailleerde te overhandigen aan de curator. Zulks impliceert dat de briefwisseling ten kantore van de curator wordt aangeboden en niet ergens halverwege te zijner beschikking ligt. Ook aan een onwillige curator, die de taks niet wil of kan betalen, dient de briefwisseling te worden overhandigd. Het volstaat niet, zoals verweerster beweert, deze briefwisseling in een of ander postkantoor of postsorteercentrum gedurende een beperkte termijn te zijner beschikking te houden. Op voorwaarde dat de afzender de briefwisseling van de benodigde postzegels heeft voorzien, is de Post ertoe gehouden deze aan de curator af te geven.

Op grond van de redenering in de bovenstaande alinea blijkt afdoende dat de vordering strekkende tot de onvoorwaardelijke afgifte van de briefwisseling gegrond is. Verweerster kan de verplichting bepaald in art. 478 Faill.W. niet naast zich neerleggen, noch daar bepaalde voorwaarden aan koppelen. In de *pro deo*-faillissementen, waarvan het aantal thans sterk toeneemt, zijn overigens meestal geen fondsen aanwezig om de door verweerster gevorderde taksen te betalen.

Het K.B. van 14 september 1992 is niet strijdig met het art. 478 Faill.W. Het K.B. bevat op zich geen bepaling die afbreuk doet aan de verplichting bepaald in art. 478 Faill.W.. Noch de grondslagen van de tarifiëring inzake briefwisseling, vervat in art. 3, § 2, a, noch het principe vervat in art. 5 dat voorziet in de gelijke behandeling van de gebruikers die op de Post een beroep doen, laten de Post echter toe de thans gevorderde bijkomende vergoeding te vorderen van de bestemming. Net zo min als de Post een bijkomende taks kan opleggen aan een bestemming die bvb. meer dan 200 meter van zijn dichtsbijzijnde buur woont.

Volledigheidshalve dient nog te worden vermeld dat de verwijzing door verweerster naar art. 59 van het K.B. van 12 januari 1970 betreffende de reglementering van de postdiensten niet ter zake is, daar dit artikel betrekking heeft op de portvrije verzending. De briefwisseling aan de gefailleerde is niet portvrij.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE GENT

3e KAMER – 17 JUNI 1997

Voorzitter: de h. Woestyn

Advocaten: mrs. Hoebeek, Hardeman en De Vliegheer

1. Voorrechten – Artikel 20,12°, Hyp.W. – Aanneming – Begrip – Bouwwerken – 2. Faillissement – Art. 446 Faill.W. – Betaling – Kennis van ophouding van betaling – Beoordeling

1. Het voorrecht van de onderaannemer op de schuldverdeling van de hoofdaannemer ten laste van de bouwheer onderstelt de uitvoering van werken aan een gebouw. De kosten voor het ter beschikking stellen van kranen en personeel is derhalve niet bevoorrecht.

2. De betaling door een schuldenaar verricht nadat eerst een ruim uitstel werd verleend en op een ogenblik dat de dwanguitvoering onafwendbaar was geworden, moet als een volkomen onregelmatige wijze van betaling worden beschouwd die valt onder de toepassing van art. 446 Faill. W.

N.V. S. t/ Faill. B.V.B.A. V.

Art. 20, 12°, Hyp.W. bepaalt dat de onderaannemer gedurende vijf jaar vanaf de factuurdatum een voorrecht heeft op de schuldvordering die de wederpartij heeft wegens dezelfde aanneming tegenover de bouwheer.

De omschrijving van de factuur toont niet aan dat het gaat om aannemingswerken, nu ter zake gesproken wordt van verhuur. Evenmin toont het BTW-regime aan dat het gaat om werken in onroerende staat, nu in dat geval de B.T.W. ten laste diende te worden gelegd van de wederpartij.

Inzake ter beschikking stellen van kranen en personeel zijn twee mogelijkheden voorhanden: of een verhuur van diensten, of een verhuur van materiaal, zij het met personeel. Nu geen andere elementen voorhanden zijn, om de wil der partijen na te gaan, dient de rechtbank rekening te houden met hetgeen de factuur vermeldt.

Alle elementen van de factuur tonen aan dat het gaat om verhuring, zodat aan de eerste voorwaarde van art. 20, 12° Hyp.W., n.l. dat het moet gaan om «de schuldvordering van een onderaannemer», niet voldaan is. Mitsdien is de vordering niet bevoorrecht.

Omtrent de tegeneis stelt de verweerster op tegeneis, dat de curator de rechtsgrond niet bepaalt waarop de vordering is gesteund, doch zich ertoe beperkt te stellen dat de betaling gebeurde in de verdachte periode.

Blijkens deze omschrijving maakt de curator voldoende duidelijk dat hij zich beroept op art. 446 Faillissementswet, nu het gaat om vervallen schulden.

Iedere betaling, om het even welke de titel is waarop de schuldeiser zich steunt, gedaan gedurende de verdachte periode, kan nietig verklaard worden.

Dat *in casu* de betaling het gevolg is van een uitvoering van een vonnis, speelt hoegenaamd geen rol: het vonnis zelf verleent geen vrijgeleide aan de schuldeiser, die de gelijkheid tussen schuldeisers geenszins mag verstoren (vgl. Cass., 3 september 1982, *Pas.*, 1983, I, 6).

Ten onrechte stelt de verweerster op tegeneis dat opzet vereist is: deze interpretatie berust op een verkeerde lezing van het cassatiearrest van 9 juli 1953 (*R.W.*, 1953-54, 991), waarbij het Hof geantwoordt heeft op een middel, aangevoerd door de curator, die gesteld heeft dat het bestreden arrest ten onrechte opzet vereist heeft voor de toepassing van art. 446 Faillissementswet, en waarbij het Hof onder meer overwoog dat «het arrest ongetwijfeld verklaart dat de vordering tot nietigverklaring, bij artikel 446 van het Wetboek van Koophandel bepaald, slechts kan worden ingewilligd, indien onder meer de derde met wie de gefailleerde zaken heeft gedaan, te kwader trouw gehandeld heeft; overwegen de evenwel, dat het ook de vordering van de curator afwijst om de redenen... dat de bank gehandeld heeft met de bedoeling de toestand van de schuldenaar weder goed te maken».

Anderzijds heeft het Hof het middel, gesteund op deze (beweerdelijk) verkeerde toepassing van art. 446 Faillissementswet van het hof van beroep, verworpen, stellende dat,

«nu de overwegingen» (betreffende de omstandigheid dat de schuldeiser in het belang van de gefailleerde heeft gehandeld, en de remises in rekening-courant niet mogen gescheiden worden) «het bestreden arrest wettelijk kunnen dragen», de aanlegger geen belang heeft er tegen op te komen, mitsdien dat het middel verworpen wordt bij gemis aan belang, zodat het Hof deze problematiek niet heeft aangeraakt.

Impliciet blijkt uit dit arrest dat het Hof van Cassatie geenszins bedoeld heeft te stellen dat opzet vereist is voor de toepassing van art. 446 Faillissementswet, doch integendeel is later geoordeeld dat opzet niet vereist was, hetgeen derhalve geen tegenstrijdigheid in de cassatierechtspraak uitmaakt (zie: Cass., 25 mei 1978, *Pas.*, 1978, I, 1090).

Uit de conclusie van de advocaat-generaal voorafgaand aan voormeld arrest blijken overigens zeer duidelijk de voorwaarden voor toepassing van art. 446 Faillissementswet:

- de schuldeiser moet op het ogenblik van de ontvangst der gelden kennis hebben van de staking van betaling van zijn schuldenaar;

- de betaling moet de boedel benadelen;

- de betaling moet gedaan zijn door de schuldenaar, terwijl het onverschillig is of deze betaling gebeurde ingevolge een vrijwillige daad van de schuldenaar, dan wel een gedwongen uitvoering van een vonnis (*ibid.*, p. 1095).

De rechtbank maakt deze redenering tot de hare en is van oordeel dat art. 446 Faillissementswet eveneens op de betalingen aan een gerechtsdeurwaarder, niet anders dan de gemandateerde van de schuldeiser, van toepassing is, terwijl geen opzet dient bewezen te zijn.

Blijft de vraag of de schuldeiser de toestand van staking van betaling kende, en of de boedel benadeeld werd.

De staking van betaling bestaat zodra de schuldenaar zijn vervallen schulden niet meer bij machte is te voldoen, voor zoveel hieruit een ontwrichting van zijn activiteiten kan worden afgeleid, met andere woorden, of deze toestand duurzaam is. Met een toevallig en tijdelijk – derhalve voorbijgaand – onvermogen om te betalen dient men geen rekening te houden.

In casu betreft de schuld een vrij onbelangrijke som, welke een aannemer van bouwwerken bij machte moet zijn te betalen binnen korte periode; de verschuldigde som werd overigens niet betwist, hetgeen expliciet blijkt uit het tussengekomen vonnis van 16 februari 1995, dat vermeldt dat «verweerster (de gefailleerde) de geëiste som schuldig bekent te zijn, maar om uitstel van betaling verzoekt».

De rechtbank stond bovendien zeer redelijk een termijn van 8 maanden toe, hetgeen in het geheel, in acht genomen het reeds genoten uitstel (de vervaldag der facturen was gesteld op resp. 30 september 1995 en 31 december 1995), een uitstel van gemiddeld een jaar betekent.

De omstandigheid in acht genomen dat de gefailleerde zulk ruim uitstel verkreeg, en dat hij geen enkel verweer voerde, brengt mee dat mocht worden verwacht dat hij de afbetalingen vanaf 1 maart 1996 bevolen, d.w.z. ongeveer 35.000 BEF per maand, strikt zou naleven.

Evenwel blijkt dat hij deze betalingen niet nakwam, en hiertoe moest worden aangemaand bij gerechtsdeurwaardersexploot.

Ook dan nog heeft hij slechts gereageerd, en betalingen verricht, nadat de verkoopdagen waren aangezegd en aangeplakt, d.w.z. onder uiterste druk, en meer dan een jaar na de vervaldag van de eerste factuur.

Mitsdien is duidelijk dat de gefailleerde schuldenaar op een voor het normale handelsleven volkomen onregelmatige wijze betaald heeft, en dat de betalingsmoeilijkheden die hij ondervond, en de wijze waarop hij daaraan het hoofd poogde te bieden, door te wachten tot het ogenblik dat een gedwongen verkoop onafwendbaar was – dus eigenlijk door deze verkoop af te kopen – een typisch beeld vormen van de handelaar, die zijn betalingen gestaakt heeft.

De schuldeiser was noodzakelijkerwijze op de hoogte van deze toestand, nu de gerechtsdeurwaarder als zijn mandataris hem hiervan normalerwijze op de hoogte moest brengen, en nu hij in ieder geval geen betaling zag komen.

Derhalve staat vast dat de schuldeiser op de hoogte was van deze staking van betaling.

De boedel werd benadeeld, nu kort voor het faillissement, en zonder over enig voorrecht te beschikken, de schuldeiser gelden ontving, welke normaliter nog in de boedel aanwezig hadden moeten zijn.

De schuldeiser werd betaald vóór andere schuldeisers, zonder recht te hebben op zulke voorrang, zodat de gelijkheid tussen de schuldeisers verstoord werd, terwijl actief uit het faillissement verdween.

Mitsdien zijn de voorwaarden voor toepassing van art. 446 Faillissementswet vervuld.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (3e Kamer), 9 december 1996

Rechtsmiddelen – Hoger beroep – Termijn – Berekening – Kennisgeving

Op de volgende gronden vernietigt het Hof de bestreden arresten, op 18 mei 1994 en 18 oktober 1995 gewezen door het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, van 12 maart 1996.

«Overwegende dat, krachtens artikel 1051 Ger.W., de termijn om hoger beroep aan te tekenen één maand is, te rekenen van de betekening van het vonnis of de kennisgeving ervan overeenkomstig artikel 792, tweede en derde lid;

«Dat, luidens artikel 32, tweede lid, Ger.W., in dit wetboek wordt verstaan onder kennisgeving: de toezending van een akte van rechtspleging in origineel of in afschrift; zij geschiedt langs de post of, in de gevallen die de wet bepaalt, in de vormen die deze voorschrijft;

«Dat, zoals het arrest beslist, de kennisgeving van de rechterlijke beslissing geschiedt op de datum van toezending ervan en niet op de datum van aanbidding of ontvangst.»

(Voorzitter: de h. Marchal – Rapporteur: de h. Verougstraete – Openbaar ministerie: mevr. De Raeve – Advocaten: mrs. Bützler en Verbist – In de zaak: D. t/ Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen)

NOOT – *De kennisgeving van een beslissing als vertrekpunt van een vervaltermijn*

1. In bovenstaand arrest bevestigt het Hof van Cassatie zijn rechtspraak: de kennisgeving van een rechterlijke beslissing geschiedt op de datum van de toezending ervan langs de post en niet op de datum van aanbidding of ontvangst (zie Cass., 24 december 1982, *R.W.*, 1983-84, 1023, noot; Verhaegen, L., in *Comm. Ger.*, art. 792, nr. 10).

2. De termijn om een rechtsmiddel in te stellen gaat bij gevolg in de dag volgend op die waarop de griffier de beslissing aan de partijen heeft toegezonden (art. 52 Ger.W.).

3. De juistheid van deze oplossing wordt thans in twijfel getrokken (De Leval, G., «L'introduction de la demande par requête contradictoire», in *Le nouveau droit judiciaire privé*, De Leval, G. en Panier, C. (red.), 1994, (39), 44-45, en «Le miroir de la procédure», *Droit du contentieux*, CUP, 1995, (10), 17-20, nrs. 3-5; Laenens, J., «De civiele rechtsingang in Europees perspectief», *R.W.*, 1995-96, (1172), 1178, nr. 34 en «De tijd in het burgerlijk geding», *De Gerechtsd.*, 1997, (1), 8, nrs. 30 en 31), al biedt ze ongetwijfeld het meest rechtszekerheid (Raes, S., in *Comm. Ger.*, art. 1034sexies, nr. 4).

4. Het lijkt wenselijk rekening te houden met twee data, de datum van toezending en de datum van aanbidding of ontvangst van de akte. Inzake de dagvaardingstermijn of de termijn om een rechtsmiddel in te stellen geldt de datum van aanbidding of ontvangst door de geadresseerde; inzake de verjaring of de naleving van een vervaltermijn geldt daarentegen de wilsuiting van de opdrachtgever op het ogenblik van de toezending (vgl. Van Boeckhout, J., «Over de aanvangsdatum van een oproeping in geval van kennisgeving bij gerechtsbrief», *R.W.*, 1980-81, 2769-2771; Vred. Wolvertem, 3 februari 1994, *P. & B.*, 1994, 179, noot Brewaeys, E.).

5. Hierbij kan nuttig worden verwezen naar artikel 668 van de Franse N.C.P.C.: «La date de la notification par voie postale est, à l'égard de celui qui y procède, celle de l'expédition, et, à l'égard de celui à qui elle est faite, la date de la réception de la lettre.»

Jean Laenens

Kh. Hasselt (4e Kamer), 24 december 1996

Alleenverkoopwet – Arbitragebeding – Geldigheid – Voorwaarden – Toepassing Belgische wet

«Sedert de inwerkingtreding van de conventie van New York van 10 juni 1958 over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken (in België goedgekeurd bij wet van 5 juni 1975), dient de geldigheid van een arbitrageclausule getoetst te worden aan de autonomie wet.

Partijen hebben in de tussen hen bestaande overeenkomst niet expliciet aangeduid onder welke wetgeving hun rechtsverhoudingen vallen. Er dient evenwel te worden vastgesteld dat beide partijen hun respectieve standpunten ten gronde hebben uitgewerkt op basis van de Belgische rechtsregels en zij dus te kennen hebben gegeven hun rechtsverhoudingen door de Belgische wetten te laten beheersen. Dit impliceert dat de geldigheid van de arbitrageclausule dient te worden beoordeeld conform de Belgische rechtsregels.

Volgens een arrest van het Hof van Cassatie van 28 juni 1979 kan een betwisting m.b.t. de eenzijdige beëindiging van een concessieovereenkomst, onderworpen aan de wet van 27 juli 1961, niet aan arbitrage worden onderwor-

pen voor zover dit tot gevolg heeft dat een buitenlandse wetgeving zou worden toegepast (Cass., 28 juni 1979, *R.C.J.B.*, 1981, 332).

Volgens de Belgische rechtsregels is een arbitrageclausule nietig, behalve wanneer deze toelaat dat de betwisting zou worden opgelost volgens de Belgische wetten (Kileste en Hollander, «Examen de jurisprudence, La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (1987 à 1992)», *T.B.H.*, 1993, 86).

Nu partijen in huidige procedure te kennen hebben gegeven hun rechtsverhoudingen te laten beheersen door de Belgische wetten en er dus mag worden aangenomen dat deze wetten ook ingeval van arbitrage zullen worden toegepast, is de in de overeenkomst van 2 juni 1982 opgenomen arbitrageclausule rechtsgeldig en bezit deze rechtbank geen rechtsmacht.

(Voorzitter: de h. Beerten – Advocaten: mrs. Daenen en Geerebaert. In de zaak: N.V. G. t/ P.)

KANTTEKENING

Raadgevend comité voor Bio-ethiek, Advies nr. 2 betreffende het Verdrag Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa

Vraag om advies van de Ministers Colla en De Clerck betreffende de Ontwerp-Conventie Bio-ethiek van de Raad van Europa alsook een analyse van de gevolgen bij ondertekening van deze tekst, voor de Belgische wetgeving.

I. Voorafgaande bemerkingen

Het Comité heeft geen eenstemmigheid kunnen bereiken over de wijze waarop de opdracht van de Ministers Colla en De Clerck diende te worden begrepen en uitgevoerd.

Er hebben zich twee groepen gevormd die zich bewust zijn van het feit dat noch de Conventie noch het verklarend rapport kunnen worden geamendeerd. Beide zijn bezorgd om de gevolgen van een eventuele ondertekening en ratificatie van de Conventie voor België. Maar de ene groep reageert over het algemeen genomen positief op de Conventie en stemt dan ook volledig in met de tekst ervan. Deze groep heeft zich daarom vooral willen concentreren op een analyse van de gevolgen van een eventuele ondertekening en ratificatie van de Conventie voor de Belgische wetgeving. De andere groep achtte het eerst noodzakelijk de tekst van de Conventie vanuit een ethisch en filosofisch standpunt te onderzoeken. Deze groep had immers bezwaren tegen sommige bepalingen van de Conventie, waardoor ze ook meer geneigd is een voorbehoud te maken tegen de gevolgen van een eventuele ondertekening en ratificatie.

Hoewel ze het oneens zijn met de werkwijze van deze laatste groep, hebben de andere leden van het Comité dan uiteindelijk toch ook een beperkte inhoudelijke analyse van de Conventie uitgewerkt, dit vooral met het oog op het duidelijke

lijken maken van de ideologisch verschillende benadering van de tekst van de Conventie.

Dit alles leidt tot drie verschillende benaderingen. De eerste houdt zich aan de «analyse van de gevolgen, bij ondertekening, van deze tekst voor de Belgische wetgeving.» De twee andere dienen te worden gesitueerd binnen de context van de filosofische en ethische analyse van de Conventie.

Het Comité heeft zich ook gebogen over het verklarend rapport, dat geen integraal deel uitmaakt van de Conventie en dus ook als dusdanig niet is goedgekeurd. Het is nochtans gebruikelijk ernaar te verwijzen bij de interpretatie van de Conventie. Het verklarend rapport geeft echter zo dikwijls aanleiding tot debat, dat beslist is er in dit advies niet naar te verwijzen. Dat neemt niet weg dat in het rapport bij dit advies nu en dan wel verwezen wordt naar het verklarend rapport bij het onderzoek van sommige bepalingen van de Conventie.

II. Een analyse van de gevolgen, bij ondertekening, van deze tekst voor de Belgische wetgeving (verzoek van de Ministers op 6 augustus 1996)

De leden die hun aandacht hebben toegespitst op een analyse van de juridische gevolgen van een eventuele ondertekening, zijn van oordeel dat, zoals vermeld in de tweede brief (28 november 1996) van de Ministers, deze Conventie kan dienen als een basis voor eventuele wetgeving betreffende de domeinen die erin worden behandeld.

Zij menen dat de Conventie de reeds langer aanwezige wil weerspiegelt en bevestigt om te zoeken naar een verwoording van de minimale consensus die in de verschillende lidstaten van de Raad van Europa bestaat met betrekking tot de uiteenlopende bio-ethische problemen, over de staatsgrenzen heen en ook over levensbeschouwelijke grenzen heen. In belangrijke mate is de Conventie dan ook (niet meer dan) een codificatie van reeds bestaande overtuigingen. Voor lidstaten waarin de reflectie over deze kwesties tot nu toe niet of nauwelijks van de grond is gekomen (zo bv. de nieuwe lidstaten uit het voormalige Oostblok en in zekere mate België) kan de Conventie als een stimulans beschouwd worden om op nationaal vlak dit reflectieproces te voeren.

In beide opzichten (codificatie, stimulans voor verdere discussie) beantwoordt de Conventie aan een noodzaak die werd onderschreven door de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa.

Zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens van de Raad van Europa, zal ook deze Conventie een «levend» instrument zijn. Daarmee wordt bedoeld dat de bepalingen ervan kunnen worden geïnterpreteerd en toegepast op situaties die niet bestonden op het ogenblik dat de Conventie werd goedgekeurd. Men kan de weerslag van een eventuele ratificatie voor de Belgische wetgeving aangeven.

III. Een ethisch-filosofische analyse: een ethisch advies in verscheidenheid

A. De fundamentele oriëntaties van de Conventie

Hoewel niemand het principe van deze Conventie in vraag stelt, toch maakt de studie van haar inhoud niet alleen duidelijk dat er verschillende interpretaties mogelijk zijn, maar ook dat er grondige meningsverschillen bestaan of de fun-

damentele ethische oriëntaties van de Conventie al dan niet gefundeerd zijn.

1° Mensenrechten, vrijheid, waardigheid van de mens

De enen herinneren eraan dat de geest van de Verklaring van de Rechten van de Mens in wier naam de Conventie werd uitgevaardigd, als personen wil beschermen individuen, die zo niet volwassen, dan tenminste geboren zijn. Het embryo beschermen of entiteiten die nog verder afstaan van het individu zoals het menselijk genoom, is nooit aan de orde geweest in de basisteksten over de Rechten van de Mens. De fundamentele waarde van deze basisteksten inzake de mensenrechten is allereerst de vrijheid van het individu (in het bijzonder, de Verklaringen van 1789 en 1948: Art. 1); de basiswaarde van de Conventie is de waardigheid van de mens. Als men ervan uitgaat dat het aan het individu toekomt te bepalen wat eigen is aan zijn waardigheid, dan is de continuïteit verzekerd. Maar als men oordeelt dat men individuen en entiteiten behoort te beschermen tegen aanvallen op de waardigheid van de mens ondanks henzelf en zelfs tegen hun wil, dan wordt elk soort inperking denkbaar in naam van de zgn. «waarachtige waarden». Het gevaar bestaat dat een deel van de samenleving, of van de mensheid, zoals een religieuze gemeenschap of een ideologische strekking, zijn visie op de menselijke waardigheid zal opdringen aan anderen. Het belangrijkste is minder de prioriteit tussen vrijheid en waardigheid dan hun wederzijdse integratie: de uitoefening van de vrijheid vanuit het respect voor de waardigheid van de andere en de bepaling van de waardigheid vanuit het respect voor de autonomie van de andere.

Anderen zijn van oordeel dat het invoeren van het concept van de «waardigheid van de mens» – binnen de context van de internationale samenwerking – overeenkomt met de sterke tendens om de menselijke persoon te beschermen in al zijn dimensies en relaties. Hoewel de ethiek deze verschillende dimensies uiteenlopend definieert, toch komen ze meestal neer op de fundering van grondwaarden, zoals uniciteit, intersubjectiviteit en solidariteit. Met deze wezenlijke dimensies van de menselijke persoon dienen we rekening te houden om te beoordelen of wetgeving of een wet moreel aanvaardbaar is, m.a.w. of ze de bevordering van de menselijke persoon integraal ten goede komt. Het begrip «waardigheid van de mens» is dus bij uitstek een ethisch begrip, waarmee de soms excessieve tendensen om het zelfbepalingsrecht van het individu te bevestigen, kunnen worden afgezwakt. De Conventie die de ontwikkeling van de menselijke persoon, zowel op moreel als fysiek gebied, als doelstelling heeft, bepaalt trouwens de nodige uitzonderingen wanneer deze ontwikkeling andere individuen zou kunnen schaden. Deze leden van het Comité wijzen erop dat ook in de basisteksten inzake mensenrechten, meer bepaald in de Aanhef van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (1948) en van de Internationale Verdragen inzake burgerrechten en politieke rechten, alsook inzake economische sociale en culturele rechten (beide dateren van 1966), het begrip «waardigheid van de persoon» als funderend beginsel van «vrijheid, rechtvaardigheid en vrede in de wereld» wordt vooropgesteld. In de leer van de mensenrechten wordt in het begrip «waardigheid» het unieke, onvervangbare karakter van het menselijk wezen tot uitdrukking gebracht. Wegens het unieke en onvervangbare van elke mens

is deze waardigheid dan ook grondslag van het beginsel van onaantastbaarheid (belangrijk voor de lichamelijke integriteit) en van het beginsel dat het menselijk wezen in de samenleving steeds als doel op zich moet worden erkend en nooit voorwerp mag worden van enige vorm van instrumentalisering (en commercialisering).

2° De toepassing van de algemene beginselen

Sommigen stellen vast dat de Conventie opgaat in de dynamiek van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, d.w.z. zich wil situeren binnen een universalistische visie, waarbij men zoekt naar principes die het onderwerp kunnen uitmaken van een brede consensus op het niveau van de Europese cultuur, ja zelfs indien mogelijk op wereldniveau. Deze doelstelling is op zichzelf onzinnig, daar het eigen is aan bio-ethische kwesties conflictueel van aard te zijn en waardenconflicten te genereren. De bio-ethiek is een reflectieproces, bedoeld om concrete oplossingen aan te reiken voor conflict-inhoudende problemen die voortspruiten uit de biologische wetenschappen en de technieken die ermee samenhangen. Het minste dat men bij een algemene lezing van dit document kan stellen, is dat men een werk van deze omvang niet heeft weten te realiseren. De tekst raakt wel vele domeinen aan die zonder twijfel zeer belangrijk zijn, maar geeft niet de indruk een gestructureerde en universele benadering mogelijk te maken. Concreet worden belangrijke en aanzienlijke problemen niet aangeraakt of slechts vraag ter sprake gebracht, zodat brede interpretaties mogelijk zijn en geen duidelijke richting wordt aangegeven. Men kan dan ook stellen dat deze Conventie waarschijnlijk geen enkele reële weerslag op het terrein zal hebben. Op andere plaatsen daarentegen kiest de Conventie op een zeer expliciete wijze partij, terwijl er nog geen consensus bestaat.

Anderen bevestigen dat de Conventie een verzameling van onderwerpen bevat, waarvan de samenhang en de logica niet altijd even duidelijk zijn. Bepaalde themata (zoals orgaanwiegning bij dode donoren én de medische beslissingen bij het einde van het leven) komen niet aan bod. Andere, zoals het medisch-wetenschappelijk onderzoek en het menselijk genoom, worden wel dieper uitgewerkt. Toch achten zij dit aanvaardbaar binnen de context van een dynamische ethiek die zo goed mogelijk het menselijk geluk wil helpen realiseren. Een normatieve ethiek wil immers aandacht besteden aan de ontwikkeling van de menselijke persoon in al zijn dimensies en relaties. De werkelijkheid is echter beperkt en relatief, wat inhoudt dat men moet streven naar het «meest menselijk mogelijke». Deze dynamiek is aanwezig in de Conventie, meer bepaald daar men ze om de vijf jaar kan herzien.

B. Algemene beschouwingen i.v.m. de hoofdstukken en de artikelen van de Conventie

Het is niet de bedoeling hier alle commentaren op de artikelen weer te geven. Men kan deze terugvinden in het rapport. Men kan echter twee vaststellingen maken i.v.m. deze commentaren: over sommige artikelen bestaat consensus, terwijl andere leiden tot dissensus.

1° Artikelen waarover consensus bestaat

De Conventie bepaalt breedvoerig op een bevredigende wijze:

- de toestemming van de patiënt tot een medische interventie (hoofdstuk 2), ook wanneer deze wordt toegepast bij onbekwamen en in spoedsituaties;
- de toestemming van een proefpersoon tot medisch wetenschappelijk onderzoek (hoofdstuk 5), ook bij onbekwamen;
- de wegneming van organen en weefsels bij levende donoren voor transplantatiedoeleinden (hoofdstuk 6).

Zowel de mate van detail van deze bepalingen als de erin gekozen opties worden opportuun geacht en worden door het Comité goedgekeurd.

Het Comité is ook van oordeel dat de Conventie enkele interessante denksporen heeft uitgewerkt, zelfs al zijn ze voor sommige leden nog veel te vaag en zo algemeen dat ze geen concrete invloed kunnen hebben. Het gaat om de volgende artikelen: de prioriteit van het menselijk subject (art. 2), de gelijke toegang tot de gezondheidszorg (art. 3), de professionele verplichtingen en de gedragsregels (art. 4), het privé-leven en het recht op informatie (artikel 10), de niet-discriminatie en het gebruik van predictieve testen (art. 11 en 12) en het verbod winst te maken met (delen van) het menselijk lichaam (art. 21).

2° Artikelen waarover geen consensus bestaat

Sommigen zijn van oordeel dat de Conventie op bepaalde punten stellingen heeft ingenomen die niet aanvaardbaar zijn in een pluralistische samenleving en die zeker niet overeenstemmen met de consensusstandpunten in onze westerse samenleving. Andere leden zijn het hiermee niet eens en zijn van oordeel dat de Conventie duidelijk een klare stellingen inneemt, die juist wel een minimale consensus binnen de pluralistische samenleving waarin we leven, expliciteren. Voor hen staat het vast dat de Conventie een poging inhoudt een brede consensus te realiseren op het niveau van de fundamentele waarden die met de bio-ethiek samenhangen.

De meest belangrijke punten waarover geen overeenstemming bestaat:

- *de afwezigheid van de erkenning van de plicht tot onderzoek (hoofdstuk 5)*

Voor sommigen had de Conventie de ethische waarde van het onderzoek moeten bevestigen als een noodzakelijke fase in het streven naar een grotere leniging van het menselijk lijden. Anderen zijn van oordeel dat de tekst van de Conventie ertoe aanzet ook in België wetgeving uit te werken inzake het medisch-wetenschappelijk onderzoek.

- *de gelijkstelling van het recht op weten en het recht op niet-weten (art. 10)*

Sommigen zijn van oordeel dat men de plicht tot weten had moeten bevestigen, evenals de plicht om uit de beschikbare kennis alle nuttige informatie te verzamelen ter bevordering van de gezondheid van het subject en van betrokken derden. In hun ogen kan het recht op niet-weten, dat sinds korte tijd in de bio-ethiek wordt geproclameerd, slechts 'uitzonderlijk vanuit de autonomie van de burger' worden ingeroepen, want het kan leiden tot obscurantisme en onverantwoord gedrag.

Voor anderen is het spreken in termen van rechten inzake ethiek een uiting van een rationalistische en individualistische benadering. Voor hen is de waarde van de autonomie niet de enige waarde; er zijn ook nog de intersubjectiviteit en de solidariteit als andere fundamentele waarden. Elke wetgeving moet worden beoordeeld in het licht van de bevordering van de persoon in al zijn dimensies en relaties. Ze menen daarenboven dat in een individualistische benadering geen onderscheid kan worden gemaakt tussen het recht op weten en het recht op niet-weten, want ze zijn beide legitiem vanuit het standpunt van het respect voor de autonomie van het individu.

- *de overdreven nadruk op de zelfbepaling door de patiënt (art. 5 tot 10, 16, 17, 19 en 22)*

Voor de enen is de fundamentele waarde het respect voor de autonomie van het individu. De Conventie neigt ertoe zich uit te strekken tot entiteiten die geen personen zijn in de zin van geboren individuen. De Conventie gebruikt volgens hen een bijzonder vage en problematische terminologie als ze spreekt, zonder afbakening, over «de persoon of het individu of het menselijk wezen».

Anderen zijn van oordeel dat het risico bestaat dat de autonomie van het subject zodanig wordt verheerlijkt dat er vervolgens uitzonderingsregimes moeten worden ingesteld (uitzonderingen met name t.a.v. het principe van de toestemming). Hierdoor dreigt het traditionele mechanisme voor de bescherming van de patiënt, namelijk de onschendbaarheid van het menselijk lichaam, waardoor alleen een tussenkomst die de gezondheid van het subject ten goede komt verantwoord is, op zijn beurt te verdwijnen.

- *de ongenueanceerde veroordeling van de kiembaanceltherapie (art. 13)*

Voor de enen is de zeer brede consensus om op dit ogenblik geen kiembaanceltherapie toe te laten geïnspireerd door de zorg om geen gezondheidsrisico's te lopen en kan deze consensus in de toekomst dan ook verdwijnen. Anderen zijn van oordeel dat de Conventie een dergelijke evolutie toelaat. Het feit dat de Conventie om de vijf jaar kan herzien worden, laat de mogelijkheid open om dit artikel te wijzigen.

- *de inperking van het onderzoek op embryo's (art. 18)*

Het Comité heeft alleen maar een verscheidenheid van interpretaties van de bepalingen in de eerste paragraaf kunnen vaststellen.

De tweede paragraaf (verbod op het creëren van embryo's voor onderzoeksdoeleinden) heeft diepere meningsverschillen aan het licht gebracht. Voor de enen is de creatie van menselijke embryo's voor onderzoek in sommige gevallen onvermijdelijk. Hierdoor kan men bv. patiënten helpen met onvruchtbaarheidsproblemen of met genetische aandoeningen. Voor anderen zou de creatie van menselijke embryo's voor onderzoek een uitdrukking zijn van een radicaal utilitaristische benadering: het menselijk leven wordt dan niet meer geëerbiedigd, ja zelfs volledig geïnstrumentaliseerd.

- *het ongenueanceerd verbod van retrospectief gebruik van lichaamsmateriaal voor onderzoek (art. 22)*

Voor de enen is dit artikel 22, hoewel terecht in zijn opzet, veel te categorisch geformuleerd en kan het leiden tot absurde toestanden. Het zou bv. kunnen impliceren dat retrospectief onderzoek onmogelijk wordt. Anderen zijn van oordeel dat een regeling van het wetenschappelijk onder-

zoek in ons land deze mogelijkheid gemakkelijk kan integreren.

- *het begrip van «de ruimere bescherming», waardoor het waardenconflict en het conflictueel karakter van de bio-ethiek wordt ontkend (artikel 27)*

De enen verwerpen het protectionistisch karakter van dit artikel, want het suggereert dat een toenemende bescherming tegen de geneeskunde, die te vaak als gevaarlijk wordt beschouwd, steeds ethisch gerechtvaardigd zou zijn, ja zelfs wenselijk. Anderen zijn van oordeel dat er grenzen dienen te worden afgesproken om bezinning mogelijk te maken. Hierdoor zal men de vooruitgang van de medische wetenschap in onze westerse samenleving beter kunnen integreren.

- Het artikel 14 (geslachtskeuze) werd slechts in beperkte mate besproken, omdat een andere beperkte Commissie erover advies zal uitbrengen (96/2). Het Comité verwijst dan ook voor advies naar die beperkte Commissie 96/2.

IV. Besluiten

1. Allereerst dient te worden onderstreept dat sommige leden van oordeel zijn dat het Comité zich niet moet uitspreken over de opportuniteit van een eventuele ondertekening van de Conventie. Ze gaan ervan uit dat dit een juridico-politieke zaak is en dat het Comité hiervoor niet bevoegd is. Ze wijzen er verder op dat de Ministers dit ook niet hebben gevraagd.

2. Voor de anderen leidt het boven uiteengezette gebrek aan overeenstemming tot een andere inschatting van de weerslag van een eventuele ondertekening voor ons land. Het gebrek aan overeenstemming en de kritiek ten opzichte van bepaalde belangrijke bepalingen van deze Conventie brengen sommigen ertoe te stellen dat deze ondertekening negatieve gevolgen kan hebben voor het wetenschappelijk onderzoek en voor de ontwikkeling van de wetenschap en de biomedische technieken in België. Hierdoor worden de belangen van sommige patiënten in gevaar gebracht. Ze pleiten er eerder voor om de interessante en consensusgedeelten (cfr. III, B, 1°) in het recht te integreren door specifieke wetgeving, goedgekeurd op het aangepaste wetgevende niveau.

Anderen zijn van oordeel dat de Belgische regering – door de ondertekening van de Conventie – het bewijs levert dat ze het belang ervan begrijpt voor de internationale en humanitaire ontwikkelingen inzake de bio-ethiek. Ze pleiten voor een integratie van de Conventie in de Belgische wetgeving. Er is immers in ons land zo goed als geen wetgeving m.b.t. bio-ethische onderwerpen van waaruit enig voorbehoud zou kunnen worden gemaakt omtrent een of ander artikel van het Verdrag. Het lijkt hen dan ook meer aangewezen bij de wetgever erop aan te dringen wettelijke regelingen uit te werken over onderwerpen zoals «medische experimenten op mensen», over «patiëntenrechten», over «kwaliteitsnormen voor centra van vruchtbaarheidstechnologie» of de bestaande wettelijke regelingen over «experimenten op dieren» te actualiseren of uit te breiden.

Er bestaat echter nog een derde mogelijkheid, nl. door het artikel 36 van de Conventie in te roepen. De wetgever kan op de belangrijkste punten van onenigheid zoeken naar aanvaardbare compromissen en, door deze vooraf goed te keuren, zichzelf in de gelegenheid stellen om de nodige reserves te maken bij ondertekening.

Dit advies werd in de beperkte Commissie 96/6 voorbereid door de Mevrouwen M. Bonduelle, Ch. Hennau-Hublet, I. Kristoffersen, I. Liebaers, R. Winkler (co-voorzitter); door de heren A. André (co-verslaggever), G. Binamé, P.-Ph. Druet (overleden op 20 januari 1997), P.Y. Duchesne, E. Eggermont, Y. Englert, G. Hottois, J.L. Legat, H. Nys (co-voorzitter), R. Rega, P. Schotsmans (co-verslaggever), G. Storme.

Het advies werd door het comité goedgekeurd op 7 juli 1997.

De documenten van de beperkte Commissie (verslagen, antwoorden van de leden op de gestelde vraag van de Ministers, discussieteksten e.d.) worden bewaard als Bijlagen 96/6, op het documentatiecentrum van het Comité, en kunnen aldaar worden geraadpleegd en gecopieerd.

BOEKEN

J.M. MILLO, *Het rechtsvergelijkende argument in de ontwikkeling van het Nederlandse vermogensrecht 1838-1940. Aansprakelijkheid voor zaken, artikel 2014, publiek domein en de relativiteit van de onrechtmatige daad*, 1997, Intersentia Uitgevers, Antwerpen-Groningen, 267 pp.

Het invoeren van nationale codificaties in het begin van de 19e eeuw had tot gevolg dat het beoefenen van privaatrechtswetenschap ook nationaal werd. Het proefschrift onderzoekt de vraag of die wetenschap inderdaad wel zo nationaal was. De auteur heeft vier onderwerpen uit het vermogensprivaatrecht gekozen om over de periode 1838-1940 te onderzoeken welke leerstukken of gedeelten ervan uit een ander rechtstelsel werden overgenomen. Het zijn de artikelen 1403, lid 1, en 2014 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek, die letterlijk overgenomen zijn uit de artikelen 1384 en 2279 van de Franse Code civil, verder het publiek domein en de relativiteit van de onrechtmatige daad. Hoewel die vier onderwerpen op zich geen geheel uitmaken, wordt geen verantwoording voor die keuze gegeven.

In de kwantitatieve benadering worden de verwijzingen in de rechtsleer naar andere rechtssystemen geteld. Een relatieve verandering in het aantal gebruikte verwijzingen illustreert de gerichtheid van de rechtswetenschap op een ander rechtstelsel.

Het kwalitatief onderzoek naar de oriëntatie van de rechtswetenschap op andere rechtssystemen maakt het belangrijkste en het meest genuanceerde deel uit van het proefschrift.

Frans en in mindere mate Romeins recht zijn noodzakelijk om de bepalingen van het Nederlands Burgerlijk Wetboek te interpreteren. In de periode van het legisme (1850-1880) blijft de oriëntatie op het Franse recht aanwezig. De aanneming in Nederland van het publiekrechtelijk standpunt over het publiek domein komt uit het Franse recht. Andere rechtssystemen worden eveneens aangewend. Duits recht wordt gebruikt voor aansprakelijkheid voor zaken zonder schuld; voor de uitleg van artikel 2014 van het Burgerlijk Wetboek wordt een beroep gedaan op F. Laurent.

Hoewel in deze periode het geldende recht gebonden is aan de tekst en het systeem van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek, dient het Franse recht niet alleen als historische interpretatie maar wordt ook naar het Franse recht verwezen voor een uiteenzetting van het Nederlandse recht. Voor het wenselijke recht kan veel meer gebruik worden gemaakt van andere rechtssystemen. Een nieuwe uitleg van artikel 2014 wordt onder de invloed van het Duitse recht voorgesteld.

Rechtsvergelijking verwerft langzamerhand een zelfstandige plaats in de uitlegmethode.

In de periode van de vrije rechtsvinding (1880-1980) wordt ruimer aandacht aan het buitenlandse recht besteed. Duitse en Oostenrijkse wetgeving vormen de onderbouw van een ruime aansprakelijkheid voor zaken. De twee belangrijkste interpretaties voor artikel 2014 worden onderbouwd met behulp van het Duitse en het

Frans recht. Zelfs Engels en Zwitsers recht worden bij de uitleg van dit artikel betrokken. Sinds 1890 wordt het publiek domein algemeen onderworpen geacht aan het privaatrecht. Dit standpunt wordt gebouwd op grond van de minderheidsstandpunten in het Duitse en het Franse recht. De relativisering van de onrechtmatige daad uit het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch wordt uitgebreid in de Nederlandse rechtsleer behandeld.

Het aanwenden van andere rechtsstelsels voor het beredeneren van het geldende recht wordt belangrijker. Civilisten spreken zich uit over een grotere rol voor de rechtsvergelijking.

In de laatste periode (1910-1940) zijn twee richtingen aanwezig. Sommigen zijn voorstander van een grotere rol voor tekst en systematiek van het Burgerlijk Wetboek; anderen zetten de vrije rechtsvinding verder. Er is kritiek tegen de ruime aansprakelijkheid die in artikel 1403 kan worden gelezen. De argumenten zijn aan tekst en systeem van de wet ontleend. Tevens wordt echter ook gewezen op de onbillijke gevolgen van een ruime aansprakelijkheid voor de aansprakelijke gebruiker van een zaak. Een voorgesteld onderscheid tussen gevaarlijke en ongevaarlijke zaken wordt ontleend aan het Franse en het Belgische recht. In de discussie over artikel 2014 maken de voorstanders van de Germaansrechtelijke uitleg (bezit is eigendom) gebruik van het Franse en het Duitse recht. De legitieme leer van Scholten wordt met buitenlands recht onderbouwd. De Nederlandse heersende leer van privaatrechtelijke eigendom van het publiek domein wordt onderbouwd met verwerping van de Franse heersende publiekrechtelijke leer. Het Duitse recht is de inspiratiebron voor de relativiteit van de onrechtmatige daad in het Nederlandse recht. De tegenstanders van de relativiteitsleer maken gebruik van het Duitse en in mindere mate van het Franse recht. In de beide methoden van rechtsvinding wordt ruim gebruik gemaakt van rechtsvergelijking.

Hoewel dit proefschrift in overwegende mate rechtshistorisch is, vertoont het een zeker belang voor onderzoek naar een mogelijke toekomstige Europees privaatrecht. Er zijn immers overeenkomsten te vinden tussen de nationale privaatrechtsstelsels. De overeenkomst tussen de methoden van rechtsvinding in bepaalde perioden: het *legisme*, *école de l'exégèse*, *Begriffsjurisprudenz* gevolgd door de vrije rechtsvinding, *Freirechtsschule*, *la libre recherche scientifique*. Ook is er de toenemende uitdrukkelijke aandacht voor rechtsvergelijking.

De lectuur van dit proefschrift maakt duidelijk dat voor de vier bestudeerde onderwerpen, de uiteenlopende opvattingen in de Nederlandse rechtsleer, gedeeltelijk onderbouwd worden door een beroep te doen op hetzelfde buitenlandse rechtsstelsel. Dit lijkt toch bevredigend.

Het is in zekere mate spijtig dat de bijdrage van buitenlands recht aan het huidige nieuw burgerlijk wetboek helemaal buiten het werk is gebleven. Het boek zou dan voor de rechtsvergelijker die eenmaking of harmonisering van bepaalde privaatrechtelijke onderwerpen voorstelt heel wat meer praktisch nut vertonen.

G. Suetens-Bourgeois

ROLAND MÖRS DORF, **Das belgische Bundesstaatsmodell im Vergleich zum deutschen Bundesstaat des Grundgesetzes**, Frankfurt, Peter Lang, 1995, 327 pp.

Dit boek is het proefschrift waarmee de auteur aan de universiteit van Mannheim promoveerde tot doctor in de rechten. Hij waagt zich aan een vergelijking tussen het Belgische en het Duitse bondsstaatsmodel. Na een aantal algemene, inleidende hoofdstukken over de kenmerken van federalisme en de historische ontwikkeling van de staatsstructuur in beide landen, behandelt hij de bestaande situatie aan de hand van de klassieke criteria die in de Duitse doctrine worden gehanteerd om een federale staat te definiëren: de territoriale opdeling van het grondgebied, de bevoegdheidsverdeling, de medewerking van de deelstaten aan het federale beleid, de invloed van de federatie op de deelstaten, de inspraak van de deelstaten in de wijziging van de federale grondwet, het homogeniteitsprincipe, de *Bundestreue*, de voorrang van het federale recht en het grondwettelijk hof.

De auteur heeft een grondige kennis van de staatsstructuur van beide landen en heeft, wat België betreft, zowel de Nederlandse als Franstalige literatuur geraadpleegd. Deze studie biedt dan ook een vrij volledig overzicht, met verduidelijking van achterliggende mo-

tieven waarom een staatsmodel zich in de ene of andere richting ontwikkelde. Interessant hierbij is dat hij hier en daar, vanuit de langere ervaring met het Duitse federalisme, een aantal ontwikkelingen schetst waarbij de reële grondwettelijke praktijk afwijkt van de geschreven grondwet en dat hij vervolgens de parallel trekt met de Belgische toestand. Zo blijkt dat niettegenstaande de bevoegdheidsverdeling in Duitsland de residuaire bevoegdheid bij de *Länder* laat en de federale overheid slechts over een aantal uitdrukkelijke bevoegdheden beschikt, in de realiteit het zwaartepunt van de bevoegdheidsuitoefening op het federale niveau terug te vinden is, o.m. door de aanvaarding van uitgebreide impliciete bevoegdheden. De auteur verwacht dat, na de inwerkingtreding van artikel 35 Gw. ook in België, niettegenstaande de formele verschuiving van het zwaartepunt naar de deelstaten, het federale niveau toonaangevend zal blijven en er een tendens ten gunste van unitarisering zal zijn.

De eigenheid van het Belgische model vloeit voor de auteur voort uit de ontwikkeling van de unitaire staat naar een federale staat. Die heeft met zich meegebracht dat de deelstaten over een ruime autonomie op wetgevend én uitvoerend gebied beschikken binnen een exclusieve bevoegdheidsfeer. Dit laat, anders dan in Duitsland, geen ruimte voor beginselen van de primatieit van de federale wetgeving en van de inspraak van de federale staat in de uitwerking van deelstaatswetgeving. Deze verschillen worden door het boek heen systematisch behandeld.

Zijn conclusie luidt dat, hoewel ze in hun genese grondig verschillen, het Belgische «*Devolution*» – en het Duitse «*Verdichtung*»-model behoren tot de familie van de federale staten. Deze studie vergelijkt de eigenschappen van beide modellen op passende wijze met elkaar en biedt daarom interessante reflectiepunten over de mogelijke verdere ontwikkeling van het Belgische federalisme.

Dirk Vanheule

L.E. DE GROOT – VAN LEEUWEN en L.H.A.J.M. QUANT (red.), **Ethiek en het juridische beroep**, Den Haag, VUGA, 1996, 156 pp.

Dit boek wil een aanzet geven tot een bezinning over ethische vraagstukken onder de beoefenaars van juridische beroepen. Een dergelijke bezinning is gewenst, nu de rechterlijke macht, het openbaar ministerie, de advocatuur en het notariaat door pers en publieke opinie onder vuur worden genomen.

Van der Burg geeft een algemene beschouwing over de juridische beroepsmoraal. De auteur onderzoekt de vraag wat het dagelijks werk in en met het recht betekent voor de professionele moraal van juristen. Hij wijst erop dat het recht de beroepsmoraal van juristen beïnvloedt. Aangezien in het recht de nadruk ligt op minimumnormen, is de juridische beroepsmoraal minimalistisch en sterker regelgericht dan die van de niet juridische beroepen. De juridische beroepsmoraal wordt gekarakteriseerd door een sterke oriëntatie op belangen, rechten en plichten en op concrete casussen. Kocken bespreekt de positie van het notariaat tussen de markt en de meer magistratelijke functie die dit beroep heeft. Centraal in dit artikel staat de inhoud en de betekenis die het begrip onafhankelijkheid heeft voor het notariaat.

Minkjan geeft een overzicht van de belangrijkste regels van de beroepsregels van de advocatuur in de Verenigde Staten, Frankrijk en Nederland. In het bijzonder wordt aandacht besteed aan de geheimhoudingsplicht, de regels inzake publiciteit en de samenwerking met andere juridische beroepen. Kapten bespreekt de inhoud en de rol van de eed van advocaat en de diepere samenhang tussen eed en tuchtrecht. Schreiner beschrijft de rituelen rond de viering van Sint Ivo. Raaijmakers bespreekt de plaats van de ethiek in de taak van de bedrijfsjurist. Mijers onderzoekt de ethische keuzen van de Officier van Justitie. De professionele ethische keuzen van deze magistraten hebben te maken met de hantering van wettelijke bevoegdheden en hangen samen met zijn tweezijdige positie, die van rechterlijk ambtenaar enerzijds en orgaan van centraal bestuur anderzijds.

Ten slotte behandelt De Groot-Van Leeuwen de rol van de rechter en het wetgevingsproces. De rem op een intensieve participatie van rechters in het wetgevingsproces is de rechterlijke onafhankelijkheid, die gefundeerd is op de trias politica. De drie criteria die de rechter kunnen ontheffen van het algemene uitgangspunt van non-interventie in het wetgevingsproces zijn volgens deze auteur dat het voldoende evident is wat de inhoud van het rechterlijk advies moet

zijn, dat er een voldoende mate van maatschappelijke schade dreigt, die achteraf niet door rechtspraak kan worden weggewerkt en dat de voorgenomen wetswijziging verwachte gevolgen heeft in een domein dat de rechterlijke macht of de trias politica betreft.

Karen Broeckx

Twee eeuwen grondwetgeving in Nederland, Publikaties van de Staatsrechtkring, Staatsrechtconferenties 1, Staatsrechtconferentie 1996, met preadviezen verzorgd door leden van het Centrum voor Constitutioneel Recht van de Erasmus Universiteit Rotterdam, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, IX + 151 pp.

De Nederlandse Staatsrechtkring publiceert de preadviezen, met bijbehorende «reflectie» van de Staatsrechtconferentie 1996. Bij wijze van herdenking van de tweehonderdste verjaardag van de aanvang van de werkzaamheden voor het opstellen van de eerste formele grondwet van Nederland: de grondwet van de Bataafse Republiek van 1798, besprak de Conferentie enkele aspecten van de wijze waarop rechtsgeleerden en politici met de grondwettekst omgesprongen zijn in de voorbije twee eeuwen.

Volgens het voorwoord was het de bedoeling na te gaan in hoever er sprake kan zijn van «...constante, nooit definitief opgeloste en misschien ook wel onoplosbare constitutionele dilemma's». Die vraag wordt niet toegelicht (welke dilemma's?), noch rechtstreeks beantwoord. Uit de verschillende teksten valt wel af te leiden dat er een levensgroot dilemma is aangaande de interpretatie van de grondwettekst en de waarde van de grondwettekst als (supreme) norm, welk dilemma een gezond verloop gekend heeft van schommelingen tussen de mogelijke uiterste stellingnames. Voor een dilemma dat in de eerste plaats uit de praktijk voortkomt en een maatschappelijke betekenis heeft, is dat overigens slechts te verwachten.

Het boekje is eigenlijk een losse verzameling van vrij ongelijke opstellen: de uiteenlopende onderwerpen worden in sommige opstellen op ernstige, wetenschappelijke wijze behandeld, maar geven in andere bijdragen aanleiding tot eerder losse opmerkingen die men eerder in een gesprek zou verwachten. De publicatie draagt aldus duidelijk het stempel van zijn oorsprong: voordrachten en (mondelinge) reacties op die voordrachten.

Het boekje vangt aan met de toespraak van mr. J. Kohnstamm, staatssecretaris voor Binnenlandse Zaken, over actuele constitutionele problemen in verband met de Senaat. Het tweede opstel blikt terug op de historische gebeurtenissen die het opstellen van de eerste grondwet voorafgingen en haar inhoud medebepaalden. Daarop volgt een opstel over «burgerschap» en «inburgeringscontract», met zijn reflectie: «Modulair burgerschap en grondrechten». Het zijn rechtstheoretische uiteenzettingen over een belangrijk en centraal begrip in het constitutioneel recht, die echter geheel georiënteerd zijn op actuele Nederlandse problemen inzake integratie van vreemdelingen en daardoor de niet-Nederlandse lezer enigszins op zijn honger laten. Daarop volgen verschillende opstellen over de beoefening van de staatsrechtwetenschap in Nederland sedert de eerste geschreven Nederlandse grondwet en over de interpretatiemethodes gehanteerd door juristen en politici. Het derde opstel van dit groepje gaat daarbij uit van de grondwetsbepaling aangaande het onderwijs. Het boekje sluit af met een korte noot van C.R. Niessen, die, niettegenstaande de pure gesprekstoon van de aanvang, toch met gezond verstand afrondt en een zeker evenwicht bereikt.

Het geheel laat een indruk na van haast en zelfs van slordigheid. Niet alleen vormt het geen eenheid qua inhoud, maar het wordt ook ontsierd door drukfouten. De taal is te zeer een gesproken taal, die bovendien de Vlaamse lezer vaak aanleiding geeft tot twijfels over de gemeenschappelijkheid van onze cultuurtaal.

Toch heeft het boekje ook heel wat positiefs te bieden, meer in het bijzonder: stof tot nadenken en een aanzet tot vergelijking met de ontwikkelingen en opvattingen in België. Voor wanneer, bijvoorbeeld, een onderzoek naar de evoluties in de Belgische staatsrecht-literatuur of een onderzoek naar de parallellen en de divergenties in de interpretatie van de grondwet door Belgische staatsrechtbeoefenaars en politici?

G. Craenen
29/10/1997

AANGEKONDIGD

S.C. PEIJ en B.G. WESTERINK, *Juridische controlling*, Deventer, Tjeenk Willink, 172 p., 60 fl.

Ph. COLLE, *Algemene beginselen van het Belgische verzekeringsrecht* (tweede herziene druk), Brussel, Bruylant, 170 p., 1.550 fr.

Ph. DE BRUYCKER (ed.), *L'avenir des communes et provinces dans la Belgique fédérale*, Brussel, Bruylant, 340 p., 2.550 fr.

Th. BOURGOINIE, e.a., *Tendensen in het bedrijfsrecht*, Brussel, Bruylant, 286 p., 2.450 fr.

J. BOONEN, G. DECOCK, L. TACK en L. VANMARCKE, *Recht voor maatschappelijk assistenten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 600 p., 1.050 fr.

B.W.M. NIESKENS-ISPORDING, E.M. HEMMEN en T.H.D. STRUYCKEN, *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, Deventer, Tjeenk Willink, 212 p., 57,50 fl.

UNION DES AVOCATS EUROPEENS, *Le droit des autoroutes de l'information et du multimédia: un nouveau défi*, Brussel, Bruylant, 382 p., 2.850 fr.

M. EKELMANS e.a., *Les conflits d'intérêts*, Brussel, Bruylant, 328 p., 2.100 fr.

M. FALLON, *Droit matériel général des Communautés européennes*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 722 p., 2.900 fr.

De huurwet opgelapt, Brussel, Sevi, 184 p., 380 fr.

P.A. STEIN, *Compendium van het burgerlijk procesrecht* (elfde druk), Deventer, Kluwer, 394 p., 86 fl.

H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht – Boek III: Mede-eigendom* (tweede gewijzigde druk), Antwerpen, Story-Scientia, 428 p., 5.700 fr.

H. VAN HOUTTE, J. ERAUW en P. WAUTELET (eds.), *Het Weens Koopverdrag*, Antwerpen – Groningen, Intersentia, 378 p., 1.950 fr.

G. VAN HOORICK, *Internationaal en Europees natuurbehoudsrecht*, Antwerpen – Groningen, Intersentia, 380 p., 2.450 fr.

P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen – Groningen, Intersentia, 662 p., 3.950 fr.

Ph. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, Antwerpen – Groningen, Intersentia, 1.154 p., 5.950 fr.

H. JONES, *Introduction au droit romain – Tome I: Sources formelles du droit romain*, Diegem, Story-Scientia, 234 p., 2.240 fr.

J.M. VAN DUNNE, *Verbintenissenrecht – Deel 2: Onrechtmatige daad. Overige verbintenissen* (derde druk), Deventer, Kluwer, 688 p., 85 fl.

S.M. BARTMAN en A.F.M. DORRESTEIJN, *Van het concern* (derde druk), Deventer, Gouda Quint, 304 p., 68 fl.

F.A.N.J. GOUDAPPEL, *Powers and control mechanisms in European federal systems*, Deventer, Gouda Quint, 274 p., 66,50 fl.

R. TEIJL en R.W. HOLZHAUER, *Wisselende perspectieven in de rechts-economie*, Deventer, Gouda Quint, 432 p., 67,50 fl.

M.E. STORME, P. POPELIER en R. VERSTRAETEN, *Vertrouwensbegin-sel en rechtszekerheid in België* (preadviezen), Deventer, Tjeenk Willink, 168 p., 32,50 fl.

J.B.M. VRANKEN, N. VERHEIJ en J. DE HULLU, *Vertrouwensbegin-sel en rechtszekerheid in Nederland* (preadviezen), Deventer, Tjeenk Willink, 134 p., 32,50 fl.

E. MONTERO (ed.), *Internet face au droit*, Diegem, Story-Scientia, 254 p., 2.331 fr.

F. TULKENS en M. VAN DE KERCKHOVE, *Introduction au droit pénal* (derde druk), Diegem, Story-Scientia, 572 p., 4.500 fr.

J. HANSENNE, *Introduction au droit privé* (derde druk), Diegem, Story-Scientia, 342 p., 3.215 fr.

V. THIRY, *La Cour d'arbitrage – Compétence et procédure*, Diegem, Kluwer, 184 p., 2.400 fr.

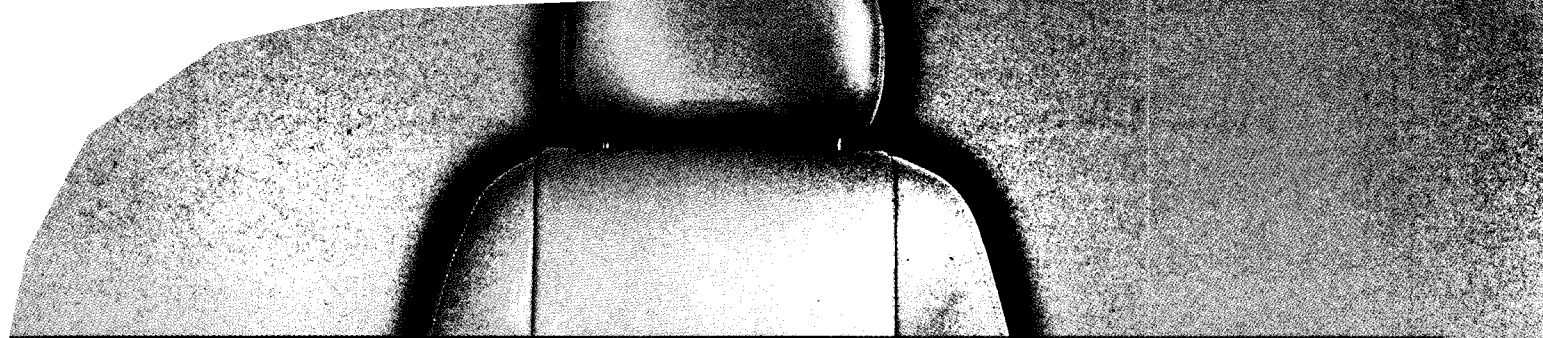
J.L. BOXUM, *Algemene wetgeving voor zelfstandige bestuurslicha-men*, Deventer, Kluwer, 332 p., 82,50 fl.

B.E. REINHARTZ, *Derdenbescherming in het huwelijksvermogens-recht*, Deventer, Kluwer, 682 p., 125 fl.

M. DAMBRE, E. DEBRUYNE, B. HUBEAU en J. VANDENBERGHE, *Eigendomszakboekje*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 596 p., 2.162 fr.

M. DAMBRE, E. DEBRUYNE, B. HUBEAU en J. VANDENBERGHE, *Huur-zakboekje*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 320 p., 2.162 fr.

B. VANDERSTICHELEN, *De nieuwe praktische BTW-handleiding 1997-1998*, Brussel, Uitgeverij Instituut der Accountants, 1.082 p., 4.558 fr.



Ga even zitten.

Wij hebben een fiscaal interessant voorstel.

Denk ruim.



Renting. Bij de aanschaf van een nieuwe wagen neemt u de tijd om modellen, opties en kleuren met elkaar te vergelijken. Waarom zou u dat dan niet doen voor de betaalformule? CERA Lease en CERA Bank bieden renting aan, een wagenfinanciering die voor vrije beroepers onmiddellijk ingebracht kan worden als beroepskost. Bovenop deze fiscale winst geeft CERA Bank als ruimdenkende bank nog een uitgebreid pakket voordelen, met onder andere een fikse korting op een handfree GSM-kit. Wilt u niet bij de pakken blijven zitten? Vul dan deze bon hieronder in en spring eens binnen bij een CERA-bankkantoor in uw buurt. Denk ruim.

☐ **JA**, ik wil dat CERA Bank voor mij de fiscaal voordeligste betaalformule berekent.

Naam: _____ Voornaam: _____

Straat: _____ Nr.: _____

Postcode: _____ Plaats: _____ Tel: _____ Fax: _____

Gewenste type auto: _____ Prijs excl. BTW _____

Hoelang wenst u de auto te houden? ☐ 2 jaar ☐ 3 jaar ☐ 4 jaar ☐ 5 jaar

Vul deze bon in en ga ermee naar een CERA-bankkantoor of stuur hem naar CERA Lease, Parijsstraat 52, 3000 Leuven of fax naar 016/24 41 99

CERA Bank, houder van het bestand, zal de door u verstrekte gegevens alleen gebruiken voor marketing en communicatie. U kunt deze gegevens eventueel inkijken en aanpassen, en ook het openbaar register raadplegen. (Wet van 8/12/92).

CERA
BANK

<http://www.CERA.be>

SIEMENS

Je bent het of je bent het niet ...



... bedrijfsjurist.

Siemens Atea bekleedt een sleutelpositie in de turbulente wereld van de telecommunicatie. Al sinds 1892 is dat zo. Als Belgische dochter van Siemens AG zijn we een hoofdrolspeler in de mobilofonie en over de hele wereld kent men de reputatie van onze knowhow in smalband- en breedbandtechnologie. We zijn toonaangevend in de telecommunicatie met 1.400 personeelsleden en een jaaromzet van meer dan 10,4 miljard frank. We werken vanuit Herentals en zoeken momenteel een m/v bedrijfsjurist.

U bent een licentiaat in de Rechten van maximaal 32 jaar en hebt een bijzondere belangstelling voor studie, advies, opstellen en onderhandelen van overeenkomsten.

U treedt preventief en curatief op binnen de verschillende relevante domeinen van het recht.

Dit houdt ondermeer in verbintenissen-, informatica-, intellectueel en industrieel eigendomsrecht en nationaal en transnationaal handelsrecht. Naast Belgische dossiers bent U vooral actief betrokken bij de dossiers voor onze exportmarkten in Europa, Midden-Oosten, Afrika en Azië.

U rapporteert aan het Hoofd van het Juridisch departement en het Vennootschapssecretariaat.

U bezit minstens 2 à 3 jaar balie- of bedrijfservaring alsmede een zeer goede kennis van Frans en Engels, een praktische kennis van Duits is een pluspunt. Korte buitenlandse reizen zijn voor u geen probleem.

Wij bieden u niet alleen een inte-

ressante functie in een spits technologische sector maar tevens een geregelde juridische bijscholing, een aantrekkelijk salaris, extra-legale voordelen en een lange termijn carrière met doorgroeimogelijkheden in een multinationale omgeving.

Spreekt deze uitdaging u aan?

Stuur vandaag nog uw sollicitatie met gedetailleerd curriculum vitae naar: Siemens Atea nv,

Linne De Munck,
Atealaan 34

B - 2200 Herentals

Tel. (014) 25 23 37

Fax (014) 25 24 30

E-mail: linne.demunck@vnet.atea.be

Bezoek ook onze website :
<http://www.siemens.be/atea>

Siemens Atea
T E L E C O M