

# RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

## DE INSTEMMING VAN DE PATIENT IN DE THERAPEUTISCHE RELATIE

1. De fysieke integriteit van het individu wordt in ons rechtssysteem beschermd. De strafwet bestraft diegene die ze, opzettelijk of onopzettelijk, aantast. Het recht op fysieke integriteit wordt bovendien beschouwd als een persoonlijkheidsrecht, dat essentieel aan de menselijke persoon verbonden is, en dat hij bezit door het feit dat hij bestaat. Het bekleedt derhalve een hoge plaats in de hiërarchie van de rechten en waarden van ons rechtssysteem<sup>1</sup>.

Toch volgt hieruit niet dat men niet kan beschikken over zijn fysieke integriteit, dat die *extra commercium* zou zijn, en niet het voorwerp zou kunnen uitmaken van een geldige overeenkomst, — zo wordt althans door de meeste auteurs geleerd<sup>2</sup>.

De overeenkomst waarbij de fysieke integriteit op het spel staat, moet echter een geoorloofde oorzaak hebben, d.w.z. ze moet ingegeven zijn door een beweegreden die maatschappelijk gezien aanvaardbaar is<sup>3</sup>.

Wanneer men bv. een overeenkomst sluit om zich te laten amputeren ten einde aldus aan militaire dienst te ontsnappen, dan wordt dit ongeoorloofd geacht. Sluit men daarentegen dezelfde overeenkomst om zich te onttrekken aan gedwongen arbeid voor de vijand, dan zal deze overeenkomst als rechtsgeldig worden beschouwd, — althans voor zover de rechter behoort tot het kamp van de overwinnaars die de vijand in het zand hebben doen bijten.

Actueler is de vraag of een overeenkomst waarbij een partij zich verbindt tot commerciële seks, als een geoorloofde beschikking over het lichaam kan worden beschouwd. De opvattingen lijken me daaromtrent in volle evolutie te zijn; en het zou me niet verbazen dat de rechtsgeldigheid van dergelijke dienstverleningsovereenkomsten weldra zal worden erkend, al kan AIDS hier wel als spelbreker optreden.

Aan de orde is thans echter de overeenkomst die een zieke met zijn arts sluit. Enkel de civielrechtelijke aspecten

ervan zullen worden behandeld; meer in het bijzonder zal de toestemming van de patiënt waardoor hij instemt met de hem voorgestelde therapie, worden onderzocht. Twee aspecten zullen daarbij vooral aan bod komen, de herroepbaarheid van de toestemming, en haar welingelicht en overwogen karakter. Dit laatste wordt in de Angelsaksische literatuur doorgaans aangegeven met de term «informed consent», die ik, in het Nederlands, zou willen omschrijven als «toestemming met kennis van zaken».

2. In de context van de persoonlijkheidsrechten maakt men nogal vaak een onderscheid tussen de contractuele toestemming, in de zin van artikel 1108 B.W., en de toelating<sup>4</sup>. De toelating zou een eenzijdige wilsverklaring uitmaken, een louter juridisch feit<sup>5</sup>, waardoor een handeling die in beginsel onrechtmatig of zelfs strafbaar is, geoorloofd wordt. De ontvanger van de toelating krijgt echter geen subjectief recht om de toegelaten handeling te verrichten. «Le consentement a pour résultat spécifique d'augmenter la sphère du droit de liberté du destinataire... Ses effets sont de pur fait, parce qu'en vertu du consentement, le bien du consentant ne peut plus constituer juridiquement l'objet d'une infraction. Il s'agit d'une modification de fait et non pas de droit de la sphère d'action juridique d'autrui»<sup>6</sup>.

Een voorbeeld uit de niet-medische sfeer moge dit verduidelijken. Een jong meisje zegt tot haar vriendjes dat ze door één van hen ontmaagd wil worden. Elk van haar vriendjes mag haar dus ontmaagden; maar geen van hen heeft enig subjectief recht op het uitvoeren van deze handeling. Wie er het vlugst bij is, zal dus het ontmaagdingsritueel kunnen voltrekken, terwijl geen van de anderen, die nochtans evenzeer de toelating hadden het karwei op te knappen, erover kan klagen dat hij niet de eerste is geweest. Niemand onder hen had immers enig subjectief recht

<sup>4</sup> Zie o.m. A. FAHMY ABDOU, *Le consentement de la victime*, Bib. Sc. Crim., Parijs, 1971; L. KORNPBST & S. DELPHIN, *Le contrat de soins médicaux*, Parijs, 1960, 104-106.

<sup>5</sup> Niet vereist is immers dat de instemmer het rechtsgevolg — het wegvallen van de onrechtmatigheid — wil (P. ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité*, thesis, Dijon, 1978, 49-51, nrs. 48-51).

<sup>6</sup> A. FAHMY ABDOU, *op. cit.*, 77-78.

<sup>1</sup> Zie de artt. 2, 3 en 5 E.V.R.M., art. 6 Gw.

<sup>2</sup> Vgl. o.m. J. PRADEL, *La condition civile des malades*, Parijs, 1963, blz. 68, nr. 48; R. DIERKENS, «De burgerlijke aansprakelijkheid van de geneesheer», *R.W.*, 1962-63, 251 e.v., nrs. 9 e.v.

<sup>3</sup> R. DIERKENS, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Parijs, 1966, 44, nr. 52.

om tot de actie over te gaan; zij kunnen de vluggerd niet verwijten hen te snel af te zijn geweest, noch het meisje dat zij medeplichtig was aan een inbreuk op hun rechten. Want rechten hadden zij niet<sup>7</sup>.

De toelating kan verder in beginsel *ad nutum* worden herroepen. Zij creëert immers geen rechten; ze bestaat enkel in het dulden dat op het persoonlijkheidsrecht van de toelater inbreuk wordt gemaakt. Deze inbreuk wordt opnieuw onrechtmatig, zodra de toelating expliciet of impliciet wordt ingetrokken

### § 1. Noodzaak van de instemming van de patiënt

3. Behoudens noodsituaties waarin dringend medisch ingrijpen geboden is, terwijl de betrokkene of zijn nauwe verwanten (zijn «natuurlijke beschermers») niet kunnen worden geraadpleegd, is een medische ingreep ongeoorloofd, indien de patiënt niet minstens zijn *toelating* heeft verleend om hem uit te voeren. Deze toelating is weliswaar niet voldoende opdat de arts, zowel op strafrechtelijk als op civielrechtelijk gebied, vrijuit kan gaan, maar ze is daartoe (nog steeds behoudens noodsituaties) noodzakelijk.

De arts moet de weigering van zijn patiënt eerbiedigen, hoe noodzakelijk de voorgestelde behandeling en hoe ongevoelzaam de weigering van de patiënt ook zij<sup>8</sup>. Wel mag de arts in deze weigering een reden zien om de therapeutische relatie te beëindigen; maar hij moet maatregelen treffen opdat de verzorging en de behandeling van de patiënt verzekerd zijn.

Het Hof van Cassatie<sup>9</sup> heeft de noodzaak van de toestemming van de patiënt, behoudens uitzonderingen zoals spoedgevallen, bevestigd. En in het wetsvoorstel Hancké<sup>10</sup> wordt uitdrukkelijk bepaald dat «geen onderzoek, ingreep of behandeling mag worden verricht dan met toestemming van de patiënt».

De door de artsen vaak ingeroepen therapeutische vrijheid ontslaat hen dus geenszins van de verplichting het akkoord van de patiënt te krijgen<sup>11</sup>. Deze therapeutische

vrijheid houdt immers enkel in dat noch de administratieve overheid noch de rechterlijke macht aan de arts een bepaalde therapie kunnen opleggen<sup>12</sup>.

4. Vereist is bovendien dat de medische ingreep therapeutisch gerechtvaardigd is en strekt tot de bevordering van de gezondheid van de patiënt<sup>13</sup>.

Het vereiste van de therapeutische noodzaak wordt echter fel afgezwakt, wanneer men vaststelt dat transseksuelenoperaties<sup>14</sup> en louter esthetische chirurgische ingrepen als geoorloofd worden geaccepteerd. Deze laatste, die vaak geen andere functie hebben dan de erotische aantrekkingskracht van de cliënt zo lang mogelijk te behouden en een element vormen in zijn verleidingsstrategie<sup>15</sup>, kan men toch bezwaarlijk als therapeutisch noodzakelijk bestempelen. Weliswaar mag de gezondheid niet te eng fysiologisch worden opgevat als het voortreffelijk functioneren van alle organen, botten, pezen en spieren; ze bevat ook een duidelijke psychische en psychosomatische component.

De Wereldgezondheidsorganisatie definieert de gezondheid als een toestand van volledig fysiek en psychisch welzijn, waardoor een ieders persoonlijkheid tot haar volle ontplooiing kan komen<sup>16</sup>.

Deze omschrijving van de gezondheid lijkt me echter zo ruim dat nagenoeg niemand nog als «gezond», in de zin van de Wereldgezondheidsorganisatie, kan worden beschouwd, zodat het vereiste van de therapeutische noodzaak nagenoeg elke betekenis verliest.

In feite wil het me voorkomen dat een medische ingreep in onze maatschappij wordt geaccepteerd, mits hij wordt uitgevoerd door een arts, mits de patiënt er de toelating voor heeft gegeven, en mits hij wordt ingegeven door motieven die, volgens de gangbare maatschappelijke normen, als achtenswaardig, minstens als niet onachtenswaardig worden aangevoeld. Terecht schrijft Dijon<sup>17</sup> in dit verband: «A la limite, la pure convenance pourrait bien, un jour, constituer le but curatif suffisant.» Het belang van de toelating van de patiënt neemt dus ongetwijfeld toe<sup>18</sup>.

5. Wel dient te worden aangestipt dat voor banale diag-

<sup>7</sup> Vgl. A. ROSS, *On Law and Justice*, Londen, 1974, 165: «In the liberty lies no claim against others to give me in fact the full opportunity to act as I please... If the liberty of the one cannot be reconciled with the liberty of the others, there will be a struggle. A certain amount of regulation of this struggle and thereby some protection of the one who first occupied a certain position follows, however, as the reflex of other claims which limit the means of displacing another person.»

<sup>8</sup> Tetanusinspuiting bv., of radiografie: Cass. fr., 7 november 1961, *Gaz. Pal.*, 1962, I, 219, *Rev. trim. dr. civ.*, 1962, 496, nr. 4, met kritische bedenkingen van A. TUNC.

<sup>9</sup> Cass., 4 oktober 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 132; (onrechtstreeks evenwel, zie nr. 31); vgl. H.R., 14 juni 1974, *N.J.*, 1974, nr. 436.

<sup>10</sup> Wetsvoorstel tot regeling van de verplichting van toestemming te vragen inzake medische handelingen (ingediend door de heer Hancké, *Parl. St., Kamer*, 1985-86, nr. 610/1.

<sup>11</sup> Blijkbaar anders: Luik, 24 november 1971, *J.T.*, 1974, 297: «Attendu que l'on doit poser en principe que le médecin exerce librement son art; qu'il est le seul juge de la manière dont il doit traiter ses patients et de la thérapeutique à leur appliquer; (...) qu'il ne peut être reproché à l'intéressé de ne pas avoir mis l'appelant au courant des diverses thérapeutiques qui pouvaient théoriquement être employées pour soigner la névralgie du trijumeau, alors

que, consulté par l'appelant, il avait arrêté le traitement qu'il estimait convenir au cas qui lui était soumis.»

<sup>12</sup> Vgl. J.L. FAGNART, in *J.T.*, 1974, 300, kol. 2.

<sup>13</sup> Cass., 16 december 1948, *J.T.*, 1949, 84, met noot R. SAVATIER. Deze therapeutische noodzaak wordt erg beklemtoond door X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps*, Brussel - Namen, 1982, 360-400.

<sup>14</sup> Corr. Brussel, 27 september 1969, *J.T.*, 1969, 635.

<sup>15</sup> Zie bv. Lyon, 8 januari 1981, *J.C.P.*, 1981, 19699, met noot F. CHABAS, Correctie van hangborsten.

<sup>16</sup> *Recueil international de législation sanitaire*, vol. 21, 1970, 467, nr. 3.

<sup>17</sup> X. DIJON, *op. cit.*, 398-399, nr. 567.

<sup>18</sup> Wanneer de risico's, verbonden aan een ingreep die noodzakelijk een esthetisch doel heeft, de ervan verwachte heilzame gevolgen duidelijk overtreffen, mag de arts deze ingreep niet uitvoeren (Parijs, 13 januari 1959, *J.C.P.*, 1959, 11142, met noot R. SAVATIER). Indien de patiënt echter nauwkeurig op de hoogte werd gebracht van deze risico's, en niettemin op de ingreep bleef aandringen, zou er, in geval van mislukking, aanleiding kunnen zijn tot een gedeelde aansprakelijkheid: de opdringerige en aandringende patiënt beging zelf een fout door zich aan een dergelijke ingreep te onderwerpen (MAZEAUD & TUNC, *Traité de la responsabilité civile*, 5e uitg., II, nr. 1498.

nostische of therapeutische handelingen, die nauwelijks enig risico inhouden en die zo courant zijn dat de patiënt die een arts consulteert dergelijke handelingen verwacht, geen toelating vereist is: meten van de bloeddruk, geven van een prikje, e.d.m. Overigens ziet men niet goed in hoe de arts deze banale therapeutische of diagnostische handelingen zou kunnen verrichten tegen de wil in van de patiënt, behoudens het geval dat die het bewustzijn zou hebben verloren.

Ook voor het Hof van Cassatie<sup>19</sup> geldt het toestemmingsvereiste enkel voor medische handelingen «waaraan ernstig gevaar verbonden is».

Betreffende de handelingen waarvoor toestemming van de patiënt vereist is, preciseert het wetsvoorstel Hancké zeer oordeelkundig dat toestemming van de patiënt vereist is voor vier soorten handelingen, namelijk i. voor handelingen die onomkeerbaar zijn of dit kunnen zijn; hieronder valt het grootste deel van de chirurgische ingrepen, ii. voor handelingen met meer dan gewone risico's of nevenwerkingen, bv. chemotherapie, iii. voor handelingen die plaats hebben onder algemene verdoving, en iv. voor handelingen die gepaard gaan met een verminderd bewustzijn of die een bewustzijnsvermindering meebrengen, bv. behandelingen onder verdovende farmaka. Voor alle andere medische handelingen mag men aannemen dat de patiënt zijn toestemming gegeven heeft door het feit dat hij een arts raadpleegt. De arts mag echter deze toestemming niet lichtvaardig veronderstellen<sup>20</sup>.

6. De toestemming moet overigens door de patiënt zelf worden gegeven, althans wanneer die daartoe feitelijk en juridisch bekwaam is. De vrouw van de patiënt, of andere dichte bloed- of aanverwanten mogen evenmin over de fysieke integriteit van de patiënt beslissen als de arts<sup>21</sup>. Dit blijft gelden, indien de voorgenomen ingreep nochtans duidelijke repercussies heeft voor de partner van de patiënt. Wanneer een man zich bv. laat castreren<sup>22</sup> tegen de wil in van zijn vrouw, moet de arts met de weigerachtige houding van de vrouw geen rekening houden. Wel moet hij zich afvragen of de ingreep therapeutisch verantwoord is.

7. De arts mag alleen de ingreep uitvoeren waarmee de patiënt heeft ingestemd. Hij mag geen andere ingreep uitvoeren, noch een meer verregaande.

In deze context rijst het probleem van de zgn. *extended operations*<sup>23</sup>. Tijdens een ingreep waarvoor toelating is verleend, ontdekt de arts, terwijl de patiënt onder narcose is, dat verder strekkende of andersoortige maatregelen genomen moeten worden dan overeengekomen was. Redelijkerwijze lijken hier de volgende regels te moeten gelden.

<sup>19</sup> Cass., 4 oktober 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 132.

<sup>20</sup> Toelichting, blz. 5-6.

<sup>21</sup> Vgl. *Civ. Angers*, 4 maart 1947, *D.*, 1948, 298, met noot R. SAVATIER.

<sup>22</sup> Vgl. Medisch Tuchtcollege Amsterdam, 8 februari 1977, *T. Gez. R.*, 1978, 52: de arts had aan een terminale patiënte, op haar uitdrukkelijk verzoek, een slaapmiddel toegediend waardoor de kans groot was dat zij tijdens haar slaap zou overlijden. De arts hield de echtgenoot van de patiënte terecht buiten de besluitvorming.

<sup>23</sup> Zie hierover uitvoerig F. DEKKERS, *De patiënt en het recht op informatie*, Alphen a.d. Rijn, 1979, 59-60.

Wanneer de onvoorziene, maar zinvolle uitbreiding of wijziging van het overeengekomen operatieplan geen belangrijke nadelige consequenties heeft voor het biologisch, psychologisch of sociaal functioneren van de patiënt, mag ervan uitgegaan worden dat de patiënt impliciet zijn instemming met deze verruiming heeft gegeven. Een tweede ingreep, met het ermee gepaard gaande narcoserisico, om de niet overeengekomen uitbreiding uit te voeren, kan immers bezwaarlijk in het belang van de patiënt worden geacht.

Wanneer daarentegen de onvoorziene uitbreiding of wijziging van het operatieplan wel belangrijke nadelige consequenties heeft of kan hebben voor het biologisch, psychologisch of sociaal functioneren van de patiënt, moet daarvoor wel diens instemming worden gevraagd. De arts moet dus de ingreep beëindigen, en nadien aan de patiënt de toelating vragen om een z.i. wenselijk gebleken uitbreiding van de oorspronkelijk overeengekomen ingreep uit te voeren. De patiënt mag niet onvoorbereid en ongewild geconfronteerd worden met ernstige verminkingen: amputaties, steriliteit, anus prae, e.d.m.

Indien zich echter een acuut noodgeval voordoet, mag de arts toch doorgaan met de uitgebreide of gewijzigde operatie; want in acute noodgevallen primeert de medische zorgplicht boven het instemmingsbeginsel.

Anderzijds kunnen deze problemen vaak voorkomen worden. De arts moet de patiënt vóór de ingreep meedelen dat, tijdens de ingreep, de noodzaak kan blijken van een wijziging of uitbreiding van het operatieplan, indien dit met enige waarschijnlijkheid vóór de ingreep te verwachten valt. Hij moet derhalve vóór de ingreep ook de instemming krijgen om deze eventuele uitbreidingen of wijzigingen uit te voeren.

Als de arts van tevoren niet kan zeggen hoe de operatie zal uitvallen omdat hij niet weet wat hem te wachten staat na het openen van het lichaam, zal hij dit in beginsel ook met de patiënt moeten bespreken, en zal hij zekere vol machten moeten vragen.

8. Moeilijk aanvaardbaar in dit verband is een arrest van het Hof van Beroep te Rouen<sup>24</sup>. Een patiënte vroeg aan een chirurg om een biopsie uit te voeren, om het al dan niet kwaadaardig karakter van een gezwel te kunnen bepalen. De chirurg beperkt zich niet tot een louter biopsie, maar snijdt geheel het gezwel weg, waardoor een normale en voorzienbare nevenwerking van de ingreep zich voordeed, namelijk de verlamming van een arm.

Het hof van beroep is van oordeel dat de chirurg gerechtigd was om de overeengekomen biopsie aldus, op eigen houtje, uit te breiden om het gevaar van uitzaaiing van een kankergezwel tegen te gaan. Het hof ziet daarbij klaarblijkelijk over het hoofd dat helemaal niet vaststond dat het gezwel inderdaad kwaadaardig was, en dat de biopsie juist moest dienen om een eventuele maligniteit op te sporen. Bedroevend detail: de chirurg verzuimde bovendien het door hem weggesneden weefsel histologisch te laten onderzoeken, zodat nooit ofte nimmer zal kunnen worden uitgemaakt of het gezwel al dan niet kwaadaardig was.

Het *Bundesgerichtshof* daarentegen trad in dezen nogal

<sup>24</sup> 19 december 1970, *D.*, 1971, 152, met zeer kritische noot van R. SAVATIER.

streng op<sup>25</sup>. De arts had aan een patiënte meegedeeld dat zij een gezwel had aan de baarmoeder en had instemming voor een operatie gevraagd. Gedurende de operatie bleek dat het gezwel met de baarmoeder vergroeid was, zodat de arts gezwel én baarmoeder moest verwijderen, wilde de operatie effectief zijn. Het Bundesgerichtshof was van oordeel dat de arts geen kunstfout had begaan. Zijn fout bestond echter hierin dat hij zijn patiënte niet aanstonds op de mogelijkheid van een zwaardere operatie had gewezen, en ook daarvoor niet vooraf haar instemming had gevraagd.

Het beroemde Amerikaanse geval *Mohr v. Williams* van 1904<sup>26</sup> betrof eveneens een «extended operation». Anna Mohr had dr. Williams geconsulteerd wegens pijn in het rechteroor. Dr. Williams raadde haar een operatie aan dit oor aan, en Anna Mohr ging akkoord. Toen zij geanesthetiseerd was, ging de arts het linker oor nog eens grondig bekijken, en stelde daarbij vast dat de toestand van het rechteroor eigenlijk niet zo veel zorgen baarde, maar dat daarentegen het linkeroor ernstig aangetast was. Daarop opereerde hij het linkeroor; maar de operatie liep slecht af. De arts werd aansprakelijk gesteld: «The act of the defendant amounted at least to a technical assault and battery if the operation was performed without plaintiff's consent, and the circumstances were not such to justify its performance without it, it was wrongful; and if it was wrongful, it was unlawful.»

Het Nederlands Centraal Medisch Tuchtcollege<sup>27</sup> gaf voor gevallen als deze de volgende instructies: «Wanneer in het kader van een operatie een verdere of zelfs een andere ingreep dan was voorzien, verricht wordt, die hetzij niet zonder ernstig risico kan worden nagelaten, hetzij in het belang van de patiënt is, en zonder ingrijpende gevolgen voor de patiënt kan worden uitgevoerd, behoort het belang van de patiënt bij informatie vooraf te worden achtergesteld bij het belang dat met die ingreep is gediend.» Op voorwaarde dat men «het belang van de patiënt» niet louter medisch, maar ook psycho-sociaal benadert, lijkt deze richtlijn me correct.

Het Centraal Medisch Tuchtcollege past deze beginselen daarop als volgt toe. Een patiënte klaagde over het feit dat de chirurg tijdens een operatie waarbij een uterusextirpatie verricht zou worden, tevens ongevraagd eierstokken en blindedarm van de patiënte had verwijderd. Het Centraal College oordeelde dat de arts geen verwijt trof, nu aan de wegneming van de blindedarm geen in de wetenschap bekende gevolgen verbonden waren. Hetzelfde gold ten aanzien van het in geval van myomatosis van de baarmoeder min of meer routinematig verwijderen van de eierstokken. Volgens het Centraal College was deze uitbreiding van de ingreep in het belang van de patiënte, en kon ze bovendien zonder ingrijpende gevolgen voor haar worden uitgevoerd.

9. In verband met de uitbreiding van de overeengekomen ingreep, neemt het wetsvoorstel Hancké een restrictief standpunt in. De toestemming geldt alleen voor de handeling waarvoor ze is gegeven. Voorziet de arts de mogelijk-

heid dat bij een operatie nog andere verschijnselen (d.i. symptomen) zullen blijken welke behandeld dienen te worden, dan zal hij de patiënt daarover moeten informeren, zodat de bijkomende behandeling in de toestemming begrepen is<sup>28</sup>.

10. De toelating van de patiënt wordt meestal ingebed — zo leert men aithans overwegend — in een *medisch contract*. Dit contract is wederkerig: de arts verbindt zich de patiënt te onderzoeken, en zo nodig te behandelen overeenkomstig de maatstaven die de stand van de wetenschap hem voorschrijft. De patiënt is verplicht het al of niet uitdrukkelijk overeengekomen loon te betalen<sup>29</sup>.

Het zgn. medisch contract kan twee vormen aannemen, ofschoon aan dit onderscheid slechts een didactische waarde moet worden gehecht, en beide vormen niet strikt van elkaar kunnen worden onderscheiden.

Ofwel wendt de patiënt zich tot een arts, met het verzoek om een welomschreven medische ingreep uit te voeren: hij wenst bv. te worden gesteriliseerd<sup>30</sup> of een facelift te ondergaan. Of zijn huisarts of een ander specialistisch geneesheer heeft een bepaalde chirurgische ingreep aangeraden, en heeft zijn dossier overgezonden aan een door de patiënt aangewezen of aanvaarde chirurg.

De patiënt wendt zich in gevallen als deze derhalve tot een arts, met het verzoek een bepaalde en goed omschreven ingreep uit te voeren. De arts aanvaardt dit te doen, en verbindt zich ertoe, tegen een uitdrukkelijk of stilzwijgend overeengekomen honorarium.

<sup>28</sup> Toelichting, bij art. 4, blz. 6.

<sup>29</sup> R.L.M. WIJSHOFF-VOGELZANG, «Enige perikelen rondom het recht op informatie en de toestemming van de patiënt bij een behandelingscontract», *Advocatenblad*, 1980, 361; vgl. X. RYCKMANS & R. MEERT-VAN DE PUT, *Les droits et les obligations des médecins*, Brussel, 2e uitg., nr. 220. R. Savatier omschrijft dit contract als volgt: «une convention entre un médecin, d'une part, et un patient ou ses représentants, d'autre part, par laquelle le médecin accorde au patient, sur sa demande, des conseils et des soins de santé (in R. SAVATIER, J.M. AUBY, J. SAVATIER en H. PÉQUINOT, *Traité de droit médical*, Parijs, 1956, blz. 211); vgl. Brussel, 31 maart 1960, *Pas.*, 1961, II, 154.

Indien de patiënt daarentegen gewoon doorverwezen wordt naar een chirurg die gekozen wordt door de behandelende arts, is het mogelijk dat tussen de chirurg en de patiënt geen contractuele relatie ontstaat, — al zal de patiënt toch meestal de keuze van de hem toegewezen chirurg ratificeren (zie voor meer details hierover, X. RIJCKMANS & R. MEERT & R. VAN DE PUT, *op. cit.*, 1968-169, nr. 228; H. ANRYS, *La responsabilité civile médicale*, Brussel, 1974, 249-270). In elk geval zal ook de chirurg met wie de patiënt zich eventueel in een niet-contractuele relatie bevindt, diens instemming nodig hebben om een ingreep te mogen uitvoeren (zie voor andere situaties waarin tussen de (controle-)arts en de patiënt geen contractuele relatie tot stand komt, RYCKMANS & R. VAN DE PUT, *op. cit.*, 165-166, nr. 224).

Zie, over de vraag of dit contract nog ruimte laat voor een delicate vordering, R. KRUIHOF, «Tendensen inzake medische aansprakelijkheid», *Vl. T. Gez. R.*, 1982-83, nrs. 4-6. Het antwoord luidt in beginsel bevestigend, aangezien de fout van de arts in de regel ook een misdrijf uitmaakt.

<sup>30</sup> Zie hierover M.Th. MEULDERS-KLEIN, «Considérations juridiques sur la stérilisation chirurgicale», *Ann. Dr. Louv.*, 1967, 3-54.

<sup>25</sup> Geciteerd door R.L.M. WIJSHOFF-VOGELZANG, *Arts - Patiënt. Enige juridische aspecten van hun relatie*, Deventer, 1984, 60.

<sup>26</sup> 95 *Minnesota Reports* 261 (1904).

<sup>27</sup> 26 mei 1977, *T. Gez. R.*, 1978, 28.

Een dergelijk contract dat op initiatief van de patiënt tot stand komt, houdt *ipso facto* en *a fortiori* de toelating in voor de arts om tot de ingreep over te gaan.

11. De therapeutische relatie kan echter ook de vorm aannemen van een durende rechtsverhouding die de arts verplicht tot een reeks van vooraf niet duidelijk omschreven medische handelingen: diagnose, ingreep, nazorg, nieuwe diagnose, nieuwe ingreep, tot de patiënt genezen is of althans, gelet op de stand van de medische wetenschap, in de best mogelijke gezondheidstoestand verkeert.

Deze zich in de tijd uitstrekkende medische relatie kan juridisch worden opgevat in tweeërlei zin<sup>31</sup>.

Men kan ze opvatten als één duurovereenkomst, die wordt aangegaan wanneer de patiënt heeft verteld voor welke klacht hij geholpen wenst te worden, en die beëindigd wordt wanneer de klacht, zoveel als mogelijk is, verholpen is. Men kan ze echter ook opvatten als een serie overeenkomsten tot het verlenen van een aantal samenhangende medische diensten met een van tevoren overeengekomen doel (of als een kaderovereenkomst, waarbinnen alle mogelijke deelcontracten worden gesloten in verband met de diagnose en de therapie die nodig blijken te zijn).

12. In dit laatste geval — een opeenvolging van samenhangende medische contracten — is het de arts die aan zijn patiënt een bepaalde diagnostische techniek of een bepaalde ingreep voorstelt. Wanneer de patiënt de voorgestelde ingreep aanvaardt, ontstaat een nieuw medisch contract, waardoor de arts gelegitimeerd wordt, aangezien de toestemming van de patiënt *a fortiori* de toelating impliceert.

Vat men daarentegen de gehele therapeutische relatie op als één enkele duurovereenkomst, dan kan de initiële toestemming van de patiënt niet fungeren als rechtvaardiging voor onverschillig welke diagnostische of therapeutische ingreep. De patiënt heeft gewoon gevraagd om weer beter te worden; maar deze vraag kan niet worden geïnterpreteerd als het verlenen van een blanco cheque aan de arts om onverschillig welke behandeling toe te passen<sup>32</sup>.

Voor elke nieuwe ingreep die hij geraden acht, zal de arts derhalve de *toelating* van de patiënt moeten krijgen.

Aangezien men, in deze optiek, te maken heeft met één uniek, globaal contract waarvoor de patiënt zijn toestemming reeds heeft gegeven, is er geen plaats meer voor een nieuwe contractuele toestemming. De door de patiënt te geven instemming is daarom geen toestemming, in de zin van artikel 1108 B.W., maar noodzakelijkerwijze een toelating, al ligt die binnen het kader van een contractuele relatie.

Anderzijds is de arts er *ex contractu* toe verplicht de toelating te vragen. Het vragen van de toelating van de patiënt is een contractuele verplichting van de arts, die ligt binnen het kader van de uitvoering van het uniek medisch contract. De Franse *Cour de cassation* heeft zich bij deze laatste visie aangesloten: «Le contrat qui se forme entre le chi-

rurgien et son client comporte, en principe, l'obligation pour le praticien de ne procéder à telle opération chirurgicale déterminée, par lui jugée utile, qu'après avoir au préalable obtenu l'assentiment du malade»<sup>33</sup>.

13. Van belang is dat de patiënt zijn gegeven toestemming, resp. toelating steeds mag herroepen. Hij heeft dus niet alleen het recht om een hem door de arts, in het kader van de therapeutische relatie, voorgestelde ingreep te weigeren. Maar op een eenmaal gegeven toestemming mag hij, tot op het laatste ogenblik, terugkomen. De patiënt beschikt dus blijkbaar over een absoluut recht tot inkeer.

Dit houdt m.i. in dat de toestemming van de patiënt enkel betrekking heeft op het betalen van het honorarium. De patiënt verbindt zich ertoe aan de arts het expliciet of impliciet overeengekomen honorarium te betalen, voor zover de ingreep plaats zal hebben. Maar hij verbindt er zich geenszins toe zijn lichaam effectief ter beschikking te stellen voor de ingreep. Zijn situatie kan, in dit opzicht, niet worden vergeleken met die van een bruidspaar dat een reeks foto's bestelt voor de bruiloft, hetgeen impliciet de belofte inhoudt dat zij zich tot de fotosessie zullen lenen<sup>34</sup>. De patiënt verleent aan de arts geen subjectief recht op de uitoefening van de afgesproken ingreep<sup>35</sup>.

De verbintenis van de patiënt om het honorarium te betalen is derhalve voorwaardelijk: voor zover de ingreep plaatsheeft, hetgeen uiteindelijk hij en hij alleen beslist, verbindt hij er zich toe het honorarium te betalen.

Nu is een aan de zijde van de schuldenaar potestatieve voorwaarde in de regel weliswaar nietig; maar deze nietigheid treedt niet in, wanneer het een ontbindende voorwaarde betreft<sup>36</sup>. De rechtsband is dan nl. tot stand gekomen; wel bestaat de mogelijkheid dat de schuldenaar, die trouwens tegelijkertijd schuldeiser is, hem achteraf tenietdoet.

Sommige auteurs verkiezen de toestemming van de patiënt te beschouwen als vergezeld niet zozeer van een ontbindende voorwaarde als wel van een ontbindend voorbehoud<sup>37</sup>. Deze term zou beter weergeven dat de toestemming van de patiënt slechts geleidelijk tot stand komt. Ze bereikt weliswaar, bij het sluiten van het medisch contract, een eerste cruciaal moment, maar ze wordt eigenlijk pas defini-

<sup>33</sup> Cass. fr., 29 mei 1951, *D.*, 1952, 53, met noot SAVATIER, *J.C.P.*, 1951, II, 6421, met noot R. PERROT.

<sup>34</sup> J. RAVANAS, *La protection des personnes contre la réalisation et la production de leur image*, Bib. dr. privé, 153, Parijs, 1978, 91, nr. 70.

<sup>35</sup> «Le pouvoir donné au chirurgien d'opérer son client ne peut en aucun cas être considéré comme un droit privé sur le corps de celui-ci. Il n'est pas donné dans l'intérêt du chirurgien, mais dans celui du malade. Le client a promis au chirurgien une rémunération pour le cas où il se ferait opérer, il n'a jamais promis, même sous une condition suspensive, de se faire opérer» (A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Bib. Dr. Privé, 21, Parijs, 1960, 257, nr. 385.

<sup>36</sup> R. DEKKERS, II, nr. 450.

<sup>37</sup> R. BAILLOD, «Le droit de repentir», *Rev. trim. dr. civ.*, 1984, 238, nr. 15; «Le premier 'consentement' met en mouvement un processus contractuel qui, sauf interruption de l'exercice du repentir, va se consolider et devenir définitif» (BAILLOD., *art. cit.*, 236, nr. 10bis) op het ogenblik afgesproken voor de ingreep; B. CÉLICE, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, Bib. dr. privé, 84, Parijs, 223-227, nrs. 411-418.

<sup>31</sup> Zie, voor meer details, X. DIJON, *op. cit.*, nr. 596; F. DEKKERS, *op. cit.*, 78-79, die in feite vier mogelijkheden onderscheidt.

<sup>32</sup> Vgl. Rb. Luik, 27 november 1889, *Pas.*, 1890, III, 83: «Le malade, par le seul fait de réclamer les soins et les conseils du médecin, ne peut être censé consentir, par avance, à subir toutes les opérations que le médecin, après examen, pourra juger à propos de faire et dont lui, le malade, n'a à ce moment aucune idée.»

tief, wanneer de patiënt vrijwillig zijn lichaam leent tot de ingreep.

Dergelijke beschouwingen lijken me eerder overbodig, indien men ervan uitgaat dat de toestemming van de patiënt in elk geval slechts betrekking heeft op het betalen van het honorarium, maar niet op het zich lenen tot de ingreep.

14. Een en ander brengt mee dat de patiënt in *alle* gevallen — en niet alleen bij een durende therapeutische relatie die als één contract wordt opgevat (zie nr. 12) — niet zozeer zijn toestemming, in de zin van artikel 1108 B.W., geeft om een ingreep te ondergaan, als wel de *toelating*, in de eerder besproken betekenis.

Dit impliceert echter niet dat men de therapeutische relatie moet opvatten als één globaal contract, in de *uitvoering* waarvan voor elke nieuwe niet-banale ingreep de instemming van de patiënt moet worden gevraagd. De theorie van de elkaar opvolgende medische contracten kan behouden blijven: in elke nieuwe fase van het therapeutisch proces verbindt de arts zich tot een nieuwe ingreep, na daartoe door de patiënt te zijn gemachtigd.

Technisch beschouwd verdient de theorie van de elkaar opvolgende overeenkomsten wellicht zelfs de voorkeur. Wie de gehele therapeutische relatie beschouwt als de uitvoering van één globale overeenkomst, wordt geconfronteerd met een overeenkomst waarvan het voorwerp aan de zijde van de arts vrij onbepaald is, hetgeen een *inelegantia iuris* inhoudt.

15. Toch kan men zich afvragen of de contractsfiguur, hoe dan ook, geschikt is om de therapeutische relatie juridisch te verklaren. De arts is eerder belast met een *ministerium*, met een wettelijke opdracht dan met een contractuele verbintenis<sup>38</sup>. Wegens zijn functie als arts is hij gehouden aan zijn patiënt de best mogelijke zorgen te verlenen, moet hij diens instemming vragen, en is hij gehouden tot het beroepsgeheim. Het contract is er eigenlijk alleen maar nodig om de verplichting van de patiënt te verklaren om het honorarium te betalen (en in Frankrijk om te ontsnappen aan de verkorte verjaringstermijn), ofschoon moet worden erkend dat slechts weinig patiënten met hun arts over het honorarium onderhandelen. De artsen onderhandelen daarentegen collectief met de ziekteverzekeringsorganismen. Men begrijpt dan ook de terughoudendheid van Dijon<sup>39</sup> om de therapeutische relatie als een contract op te vatten.

16. Wanneer de patiënt zijn instemming intrekt, kan dit aan de arts schade berokkenen. De vraag luidt wie deze schade moet dragen.

Ter zake lijkt een onderscheid te moeten worden gemaakt tussen het *damnum emergens* en het *lucrum cessans*.

Wat de eerste soort schade betreft, is het beslist niet irreal om te onderstellen dat de arts, met het oog op de afgesproken maar afgezegde ingreep, speciale kosten heeft gemaakt: hij heeft bv. een beroep gedaan op de diensten van een assistent-chirurg en van een gespecialiseerd verpleegkundige; hij heeft de meest recente literatuur geraadpleegd om de ingreep in optimale omstandigheden te kun-

nen uitvoeren, e.d.m. Het lijkt me redelijk dat de arts deze schade mag afwentelen op de patiënt die niet meer akkoord gaat met de ingreep.

Toch pleegt deze, door zich ter elfder ure terug te trekken, geen fout: hij pleegt geen onrechtmatige daad noch wanprestatie. Indien het vorenbedoelde juist is, trekt hij alleen de steeds herroepbare toelating in om in zijn lichaam te laten snijden. Hij heeft zich niet verbonden zijn lichaam ter beschikking van de arts te stellen; hij oefent slechts zijn recht uit op zijn fysieke integriteit.

Overeenkomsten moeten echter te goeder trouw worden uitgevoerd. Weliswaar hield de instemming van de patiënt niet de verbintenis in om zich effectief, op het afgesproken uur, op de operatietafel aan de arts over te leveren. Maar de overeenkomst creëerde desalniettemin voor de arts de verplichting om te zorgen dat de ingreep, indien die al plaats zou vinden, in optimale omstandigheden plaats zou vinden. Om aan deze verplichting het hoofd te kunnen bieden, heeft de arts bepaalde kosten gemaakt en een deel van zijn tijd aan de voorbereiding van de ingreep besteed. M.i. gebiedt de goede trouw dat de patiënt deze schadepost vergoedt.

Los van elke contractuele constructie, zou men ook de theorie van de toerekenbare schijn kunnen inroepen. Door zijn instemming te geven, creëerde de patiënt bij de arts de schijn en de verwachting dat hij zich inderdaad aan de afgesproken ingreep zou onderwerpen. Wanneer de arts, voortgaande op deze schijn, sommige kosten heeft gemaakt, moet de patiënt die vergoeden, voor zover de kosten in alle redelijkheid zijn gemaakt.

17. Het *lucrum cessans* daarentegen lijkt me niet voor vergoeding vatbaar. De arts mag met andere woorden de tijd niet in rekening brengen die hij, door toedoen van de patiënt, werkloos heeft doorgebracht<sup>40</sup>. Zoals betoogd, heeft de arts er immers geen recht op dat de patiënt zijn lichaam ter beschikking stelt voor de ingreep.

De goede trouw verdraagt overigens perfect dat de arts het gederfde honorarium niet kan verhalen op de patiënt. «Les parties en effet ne poursuivent pas la satisfaction d'intérêts de même nature. Le patient lutte pour sa vie ou pour sa santé, le médecin se propose une satisfaction professionnelle et le plus souvent pécuniaire. Malgré la rémunération, le praticien doit à son client un certain désintéressement»<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Contra: R.L.M. WIJSHOFF-VOGELZANG, *Arts - Patiënt. Enige juridische aspecten van hun relatie* (Serie Gezondheidsrecht, 14), Deventer, 1984, die er enigszins anders over oordeelt; *mits* de arts niets te verwijten valt, mag hij de tijd in rekening brengen die hij, door toedoen van de patiënt, werkloos heeft doorgebracht. Dit laatste zal niet het geval zijn, indien een patiënt, door angst bevangen, op het laatste ogenblik weigert de afgesproken behandeling te ondergaan. Een dergelijke reactie van de patiënt zou nl. wijzen op een gebrekkige begeleiding vanwege de arts (blz. 92-93).

Zie echter reeds DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. 2, nr. 803: «On peut toujours, sauf dommages-intérêts limités aux dépenses engagés, renoncer à l'idée de se faire opérer.» P. GERVÉSIE (*D.*, 1953, 255) vergelijkt de situatie van de patiënt met die van de verloofde, die eveneens te allen tijde zijn trouwbelofte kan verbreken.

<sup>41</sup> H. DESBOIS, noot onder Civ. Seine, 16 mei 1935, *D.*, 1936, 2, 9.

<sup>38</sup> Vgl. R. SAVATIER, noot onder Cass., 16 december 1948, *J.T.*, 1949, 85: «Le médecin reçoit de la société elle-même une mission; il est investi d'une magistrature légale.»

<sup>39</sup> *Op. cit.*, blz. 402-512.

Wie er anders over oordeelt, belandt in de volgende impasse. Door zich alsnog terug te trekken, pleegt de patiënt geen wanprestatie, maar oefent hij enkel zijn persoonlijkheidsrechten uit. Hoe kan men hem dan belasten met de vergoeding van het *lucrum cessans*, en hem in juist dezelfde situatie plaatsen alsof hij zich wel aan wanprestatie of aan enige fout schuldig had gemaakt?

Impliciet houdt een dergelijke stellingname in dat de patiënt die een «medisch contract» aangaat, zich toch (enigermate) verbindt om de afspraak na te komen en om zijn lichaam, op het afgesproken uur en op de afgesproken plaats, aan de handen en instrumenten van de arts toe te vertrouwen.

Misschien is deze stelling verdedigbaar, en wordt ze meer en meer acceptabel, naarmate de therapeutische relatie een duidelijk pecuniair karakter gaat vertonen, hetgeen heden ten dage helaas het geval blijkt te zijn<sup>42</sup>.

Voor sommige ingrepen die geen werkelijk therapeutisch doel beogen, maar enkel de subjectieve verlangens of grillen van de cliënt bevredigen — zoals louter esthetische chirurgie —, is een dergelijke opvatting wellicht niet onplausibel.

18. Wie het «medisch contract» opvat als een overeenkomst tot het verrichten van bepaalde diensten<sup>43</sup>, zou geneigd kunnen zijn het recht tot inkeer van de patiënt op te vatten als een toepassing van artikel 1794 B.W. Wegens haar algemene bewoordingen is die bepaling immers van toepassing op onverschillig welk materieel of intellectueel werk, op voorwaarde, dat het gaat om een aanneming van een werk dat door zijn voorwerp of door een uitdrukkelijke tijdsduur bepaald is<sup>44</sup>. Medische contracten met een welomschreven voorwerp zouden eventueel onder deze omschrijving kunnen vallen<sup>45</sup>.

Maar in dat geval zou de patiënt die zijn inkeerrecht uitoefent, de arts zeker volledig moeten vergoeden, zowel wat zijn *damnum emergens* als wat zijn *lucrum cessans* betreft. Artikel 1794 B.W. maakt immers geen eigenlijke uitzondering uit op het beginsel van de bindende kracht van de overeenkomst; het moet veeleer worden gezien als een bevestiging ervan, gepaard gaande met een regeling van de gevolgen van de verbreking van het gegeven woord<sup>46</sup>. Artikel 1794 B.W. is overigens niet van openbare orde.

Daarom lijkt het verkeerd om het inkeerrecht van de patiënt te benaderen vanuit het oogpunt van artikel 1794 B.W. Het vindt daarentegen zijn grondslag in het fundamenteel recht van het individu op zijn fysieke integriteit<sup>47</sup>,

krachtens hetwelk elke inbreuk op deze fysieke integriteit ongeoorloofd is, indien ze niet gebeurt met de instemming van het individu *op het ogenblik* dat de ingreep plaatsheeft (acute noodgevallen en feitelijk en/of juridisch onbekwamen daargelaten). Een vroeger gegeven, maar achteraf ingetrokken toelating om de fysieke integriteit aan te tasten, vormt geen rechtvaardigingsgrond voor enige aantasting van de fysieke integriteit.

19. Het voorgaande moet nog als volgt worden gepreciseerd.

In de eerste plaats rust op de arts in elk geval een schadebeperkingsplicht. Indien hij dus de ingehuurde co-chirurg en verpleegster kan gebruiken om een analoge ingreep uit te voeren op een andere patiënt, kan hij uiteraard niet van twee walletjes eten: én schadevergoeding vorderen van de patiënt die van gedachte veranderd is, én het honorarium incasseren van de plaatsvervangende patiënt.

Men mag deze schadebeperkingsplicht van de arts echter niet te strikt opvatten. Hij moet niet actief op zoek gaan naar een patiënt waarop hij een analoge ingreep zou kunnen toepassen — hetgeen overigens strijdig zou zijn met de medische deontologische regels. Voldoende is dat hij zijn wachlijst consulteert, en nagaat of geen patiënt vroeger dan oorspronkelijk gepland kan worden behandeld.

20. Anderzijds zal de patiënt de arts *integraal* moeten vergoeden, wanneer de intrekking van de toestemming rechtsmisbruik uitmaakt.

Aangezien de patiënt zich echter steeds mag terugtrekken, zonder een objectief overtuigende reden te moeten geven, zal er niet zo vlug van rechtsmisbruik sprake kunnen zijn. Een patiënt die bv. de dag vóór de ingreep in paniek raakt en het niet meer aandurft, pleegt m.i. geen rechtsmisbruik; veeleer laat een dergelijke paniecreactie een onvoldoende psychologische begeleiding vanwege de arts vermoeden.

Rechtsmisbruik zal er wél zijn, wanneer de patiënt handelt met de bedoeling zijn arts te schaden, of wanneer hij een reeds vroeger genomen beslissing om zijn inkeerrecht uit te oefenen, met opzet of uit nalatigheid, pas laattijdig aan de arts meedeelt. Naar omstandigheden — maar voorzichtigheid is hier geboden — zou de patiënt ook foutief handelen, indien zijn inkeer ter elfder ure het gevolg is van een laakbare lichtzinnigheid: nadat de arts hem de pro's en

(vgl. G. LEROY, «Le droit de repentir», *J.T.*, 1979, 209-213) in verband met het inkeerrecht van de auteur: ook die mag het akkoord om zijn werk te verspreiden te allen tijde intrekken. Dit recht vindt niet zozeer zijn grondslag in art. 1794 B.W., als wel in het grondwettelijk beschermd recht op vrije meningsuiting. De auteur mag er zich tegen verzetten dat een mening waarachter hij niet meer staat, nog verder wordt verspreid. «De grondwettelijke en onvervreembare vrijheid zijn mening op elk gebied te uiten, houdt noodgedwongen het even onvervreembaar recht in, niet gedwongen te kunnen worden een andere dan zijn mening te uiten» (F. Van Isacker, *op. cit.*, *loc. cit.*). De rechter mag de inkeer niet waarderen; hij zou dat trouwens niet eens kunnen. Hij apprecieert nochtans vrij of deze werkelijk is, niet gesimuleerd noch louter vexatoir (F. VAN ISACKER, *op. cit.*, nr. 109).

Wel geldt dat de tot inkeer gekomen auteur tot schadeloosstelling gehouden is «volgens de regels van het gemene recht, d.w.z. zowel tot het *lucrum cessans* als tot het *damnum emergens*» (F. VAN ISACKER, *op. cit.*, 122, nr. 109).

<sup>42</sup> Zie de volgende schrijvende overweging in een vonnis van de Rb. Kortrijk, 23 juni 1960, *R.W.*, 1961-62, (1812), 1822; «het is onbetwifelbaar dat de kosten van een behandeling een rol spelen; de geneeskunde doet niet aan zuivere weldadigheid; de zieke zal slechts de behandeling kunnen bekomen die hij kan bekostigen».

<sup>43</sup> Zie bv. X. RYCKMANS & R. MEERT-VAN DE PUT, *op. cit.*, I, 167, nr. 225; R. DIERKENS, «De burgerlijke aansprakelijkheid van de geneesheer», *R.W.*, 1962-63, 251, nr. 8.

<sup>44</sup> Cass., 4 september 1980, *R.W.*, 1980-81, 2686, *J.T.*, 1981, 99, *R.C.J.B.*, 1981, 523, met noot X. DIEUX.

<sup>45</sup> Vgl. DE PAGE, IV, 1e uitg., 877, nr. 859.

<sup>46</sup> DE PAGE, IV, *loc. cit.*

<sup>47</sup> Hetzelfde wordt, *mutatis mutandis*, betoogd door F. VAN ISACKER, *De morele rechten van de auteur*, Brussel, 1961, nr. 107

contra's van de ingreep heeft meegedeeld, geeft hij zonder nadenken zijn instemming, en begint over de kwestie pas een paar dagen vóór de ingreep ernstig na te denken

## § 2. Voorlichtingsplicht van de arts

21. De grondslag van de informatieplicht van de arts ligt nogal voor de hand. De patiënt heeft het recht een hem voorgestelde ingreep te aanvaarden of te weigeren: hij beslist vrij over zijn fysieke integriteit. Maar welke waarde heeft het instemmingsvereiste, wanneer hij niet over alle elementen beschikt die hem in staat moeten stellen *met kennis van zaken* zijn instemming te geven of te weigeren? Opdat de patiënt zijn zelfbeschikkingsrecht in verband met zijn fysieke integriteit daadwerkelijk kan uitoefenen, moet hij over alle relevante informatie beschikken.

Hoe kan men de informatieplicht echter juridisch funderen<sup>48</sup>?

De goede trouw die de uitvoering van alle overeenkomsten beheerst, vereist dat de arts zijn patiënt op de hoogte brengt van alle nuttige informatie opdat deze een verantwoord beslissing kan nemen. Tussen arts en patiënt bestaat immers een vertrouwensrelatie, waardoor op de arts een *begeleidingsplicht* jegens zijn patiënt komt te liggen.

Indien men derhalve de therapeutische relatie opvat als één duurovereenkomst in het kader waarvan een aantal diagnostische en therapeutische ingrepen geschieden, mits daarvoor telkens de instemming van de patiënt is verkregen, dan is de arts, op basis van dit uniek contract, gehouden zijn patiënt alle nodige informatie te verstrekken. Het verschaffen van gebrekkige of onvoldoende informatie vormt dan duidelijk een contractuele wanprestatie.

Vat men daarentegen de therapeutische relatie op als een opeenvolging van contracten, dan zal het initiële contract toch in de regel adviesverstrekking tot voorwerp hebben. De patiënt wil weten wat er met hem aan de hand is, en hoe hij van zijn kwalen verlost kan worden. De informatieplicht van de arts valt dan binnen het kader van dit eerste contract tot adviesverstrekking. Blijken achteraf nog verdere ingrepen nodig te zijn, dan volgt de informatieplicht van de arts met betrekking tot deze nieuwe ingrepen, al naar gelang van de omstandigheden, hetzij uit een nieuwe overeenkomst tot adviesverlening, hetzij uit de oorspronkelijke overeenkomst tot adviesverlening, hetzij uit de plicht van de arts om zijn patiënt, vóór het sluiten van de overeenkomst met betrekking tot de nieuwe ingreep, als ter zake deskundige, alle nuttige informatie te verstrekken.

De begeleidingsplicht van de arts blijft bovendien gelden, wanneer de patiënt zich tot hem wendt met het specifiek verzoek één welomschreven ingreep uit te voeren (zie nr. 10). Ook dan heeft de arts de plicht de nodige informatie te verschaffen: hij moet de patiënt op hem eventueel onbe-

kende risico's wijzen en met hem de opportuniteit van de ingreep bespreken.

Meer in het algemeen weet men hoe, bij het tot stand komen van elke overeenkomst, de vraag rijst waar de informatieplicht van de ene partij eindigt en waar de plicht van de wederpartij begint om zelf de voor haar relevante informatie in te winnen. Met betrekking tot het medisch contract evenwel, en algemener, met betrekking tot de therapeutische relatie, moet worden aangenomen dat die een vertrouwensrelatie creëren, waardoor de arts verplicht wordt aan de patiënt alle relevante informatie mee te delen. De arts is overigens de ter zake deskundige, terwijl de patiënt bijna altijd de onwetende partij is.

Bij niet-nakoming van deze informatieplicht door de arts of bij onzorgvuldige nakoming ervan, begaat de arts een contractuele wanprestatie, c.q. kan hem een *culpa in contrahendo* worden verweten.

22. Aan een en ander doet niets af het feit dat de patiënt niet zozeer zijn toestemming geeft voor een medische ingreep als wel een instemming of toelating.

Door het «medisch contract» krijgt de arts immers de machtiging om de fysieke integriteit van zijn wederpartij aan te tasten. Welnu, in het kader van een unieke medische duurovereenkomst ligt op de arts de verplichting te zorgen dat de patiënt zijn instemming met kennis van zaken geeft.

In geval van successieve medische contracten begaat de arts die er zich toe verbindt een ingrijpende medische ingreep uit te voeren, zonder de patiënt voldoende te hebben voorgelicht, anderzijds, naar omstandigheden, een *culpa in contrahendo*. Hij krijgt immers de toelating van zijn patiënt in onbehoorlijke omstandigheden. Weliswaar is de patiënt door deze toelating niet definitief gebonden, en verbindt hij er zich enkel toe de arts het overeengekomen honorarium te betalen, voor zover de ingreep plaatsheeft. Deze voorwaardelijke verbintenis van de patiënt, die overigens de verplichting inhoudt om, bij uitoefening van het inkeerrecht, het *damnum emergens* te vergoeden, volstaat evenwel om, aan de zijde van de arts, van een *culpa in contrahendo* te kunnen gewagen.

23. Indien men anderzijds de therapeutische relatie niet zozeer opvat als een contractuele relatie en de verplichting van de arts beschouwt als een *ministerium* (zie nr. 15), dan vloeit zijn informatieplicht voort uit dit *ministerium*.

Ambtshalve is hij dan gehouden om de patiënt in te lichten over doel en risico's van de ingreep die hij, de arts, geboden acht. Net zoals de notaris, ambtshalve, zijn cliënten deskundig moet adviseren en voorlichten, moet de arts *ex officio* zijn patiënt de nodige informatie verschaffen.

Voor de arts geldt dit *a fortiori*, aangezien in de therapeutische relatie veel hogere belangen in het geding zijn.

24. De informatie moet aan de patiënt worden verschaft door de arts die de ingreep zal uitvoeren<sup>49</sup>. Deze mag er met name niet op rekenen dat de huisarts of de doorverwijzende arts zich van de informatieplicht gekweten heeft. De doorverwijzende arts heeft misschien niet alle risico's uit-

<sup>48</sup> Vgl. W. WILMS, «Het recht op informatie in het verbintenisrecht. Een grondslagenonderzoek», *R.W.*, 1980-81, 489-520; A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Parijs, 362-364, nr. 510; J.L. FAGNART, noot in *J.T.*, 1974, 299, kol. 2. Zie voor een ethische rechtvaardiging, P. SCHOTSMANS, «Informed consent. Een ethische verkenning van het recht op informatie en toestemming in de arts-patiënt relatie», *VI. T. Gez. R.*, 1984-85, 433-440.

<sup>49</sup> R.O. DALCO, «La responsabilité médicale», *T.P.R.*, 1974, 357, nr. 17. Anders: Brussel, 21 juni 1967, *J.T.*, 1968, 27. Deze problematiek kwam ook ter sprake in Cass., 8 oktober 1981, *R.G.A.R.*, 1983, 10590, zonder dat het Hof er evenwel op diende in te gaan.

eengezet, de patiënt heeft diens uitleg misschien niet volledig begrepen. De arts die de ingreep uitvoert, moet er zich dus persoonlijk van vergewissen of zijn patiënt een instemming met kennis van zaken heeft gegeven. In de therapeutische relatie bestaat derhalve geen verschuiving van de plicht tot informatieverstrekking<sup>50</sup>.

Anderzijds rust op de arts die de ingreep voorschrijft, maar hem zelf niet uitvoert, dezelfde informatieplicht. De voorschrijvende of doorverwijzende arts is zelf in de eerste plaats gehouden om de patiënt voldoende informatie te geven, behalve wanneer hij minder goed op de hoogte is dan de uitvoerende arts.

In beginsel moet deze laatste er zich m.i. slechts van vergewissen of de patiënt behoorlijk voorgelicht is; daartoe moet hij echter de patiënt persoonlijk ondervragen; hij mag niet voortgaan op de verklaring van de doorverwijzende arts die beweert de patiënt voldoende te hebben voorgelicht. Bij niet-nakoming van de informatieplicht zullen beide artsen dan ook eventueel aansprakelijk kunnen worden gesteld<sup>51</sup>. In feite belandt men hier trouwens in de problematiek van de aansprakelijkheid binnen het medisch team.

25. De arts moet zijn patiënt inlichten over wat er met hem aan de hand is. Hij moet hem het hoe en het waarom van de voorgestelde ingreep meedelen, zonder dat hij daarbij in technisch-medische details hoeft te treden<sup>52</sup>.

Hij moet aangeven hoe nodig de behandeling is; misschien gaat de kwaal na enige tijd wel vanzelf over; hij moet de patiënt inlichten aangaande alternatieve behandelingsmethodes: medicatie, een minder ingrijpende ingreep, aanwezigheid van meer gespecialiseerde centra waar de ingreep deskundiger zal worden uitgevoerd.

De arts moet bovendien de nadelige gevolgen van de ingreep uitleggen, die onvermijdelijk en functioneel met het bereiken van het beoogde resultaat verbonden zijn, zoals verminkingen, langdurige dysfuncties en arbeidsongeschiktheid, ontsieringen, ongemakken en andere consequenties voor het lichamelijk en geestelijk welzijn<sup>53</sup>.

Deze *onvermijdelijke gevolgen* van de voorgestelde ingreep mag hij niet alleen vanuit medisch standpunt bekijken, maar ook vanuit sociaal-psychologisch standpunt: een nevenwerking die, medisch gezien, misschien onbenullig is, zoals littekens, is voor de patiënt eventueel moeilijk te accepteren<sup>54</sup>.

Uiteraard moet de patiënt worden voorgelicht over de vermoedelijke effectiviteit van de voorgenomen ingreep. En indien deze een eerder experimenteel en innoverend karakter heeft, moet de patiënt daarvan op de hoogte worden gebracht.

26. Juridisch wordt het meest gedebatteerd over de vraag welke *complicatierisico's* (vgl. nr. 37) aan de patiënt meegedeeld moeten worden. Een complicatierisico is een nadelig gevolg van de ingreep dat niet fysisch noodzakelijk en met zekerheid uit deze ingreep voortvloeit, maar dat zich in een aantal gevallen, na deze ingreep, kan voordoen. De patiënt kan immers pech hebben: aan elke ingreep zijn nu eenmaal risico's verbonden die ook bij een correcte uitvoering soms niet te vermijden zijn.

Meestal<sup>55</sup> leert men dat de arts niet alle mogelijke complicatierisico's aan zijn patiënt moet meedelen, doch enkel die welke zich min of meer vaak voordoen, die typisch zijn voor de ingreep in kwestie. Zo houdt een elektroshockbehandeling het typische risico in van fracturen, houdt een schildklieroperatie het typische risico in van beschadiging van de stembandzenuwen. Uitzonderlijke en zich slechts zeer zelden voordoende risico's moet de arts daarentegen niet meedelen.

De patiënt zou daardoor immers al te zeer verontrust worden, en misschien een nochtans nuttige ingreep weigeren, wanneer hij zou worden geconfronteerd met het hele gamma van alle mogelijke risico's waarvan de meeste zich nochtans uiterst zelden voordoen. Zijn psychisch weerstandsvermogen zou daardoor kunnen worden aangetast, waardoor zijn kansen op genezing eventueel in het gedrang zouden komen.

27. Uit dit laatste voorbehoud blijkt reeds dat de omvang van de informatieplicht in feite op een compromis berust tussen enerzijds het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt en anderzijds de zorgplicht van de arts, verwoord in het adagium *Salus aegroti suprema lex*. Aan de patiënt moeten weliswaar de courante risico's worden meegedeeld, zodat zijn beslissing met de meest relevante gegevens rekening kan houden. Maar niet alle risico's hoeven hem te worden meegedeeld; zijn beslissing beantwoordt dus niet aan de normen van een optimale *decision making* die immers steunt op alle bekende gegevens.

Sommige auteurs spreken in dit verband zelfs expliciet van de zgn. *therapeutische exceptie*<sup>56</sup>. Wanneer de mededeling van de waarheid de genezingskansen van de patiënt in het gedrang zou brengen, mag de arts de waarheid verdoezelen.

Deze kwestie is uiterst delicaat: en m.i. mag de therapeutische exceptie niet te vlug worden aangenomen. Er bestaat toch meestal een middel om de patiënt, op een psychologisch verantwoorde manier, in grote trekken de alternatieven mee te delen waartussen hij moet kiezen. De therapeutische exceptie mag geen alibi worden om het psychologisch onbegrip of de psychologische onkunde van de arts goed te praten. De arts heeft overigens tot taak de patiënt te helpen bij het verwerken van een onaangename waarheid.

De therapeutische exceptie zou eigenlijk slechts kunnen worden aanvaard, voor zover, op basis van een deskundige diagnose van de patiënt, gevreesd moet worden dat mededeling van de complicatierisico's de gezondheid van de pa-

<sup>50</sup> Vgl. W. WILMS, *art. cit.*, 508-510.

<sup>51</sup> Parijs, 17 november 1983, *J.C.P.*, 1985, 20406, met noot A. DORSNER-DOLIVET; Cass. fr. 29 mei 1984, *D.*, 1985, 281, met noot F. BOUVIER.

<sup>52</sup> Vgl. F. DEKKERS, *op. cit.*, 113-117.

<sup>53</sup> Vgl. Centraal Medisch Tuchtcollege, 24 oktober 1963, *N.J.*, 1965, 264, waar een arts op iemand een ingreep uitvoerde die castratie tot gevolg had, zonder dat de patiënt daarvan op de hoogte was gebracht.

<sup>54</sup> Vgl. J. RANG, «*Salus Aegri Suprema Lex*», *T.P.R.*, 1974, 394, nr. 9.

<sup>55</sup> Zie o.m. X. DIJON, *op. cit.*, 475-478; X. RYCKMANS & R. MEERT-VAN DE PUT, *op. cit.*, 439-440, nr. 571; H. ANRYS, *op. cit.*, 72-82, nrs. 49-54. Vgl. R. SAVATIER, noot bij Lyon, 17 november 1952, *J.C.P.*, 1953, 7541 (I).

<sup>56</sup> Zie o.m. F. DEKKERS, *op. cit.*, 131-136.

tiënt ernstig kan bedreigen. De gezondheidsschade die de patiënt zou kunnen oplopen, wanneer hij geconfronteerd wordt met de operatierisico's, moeten ernstiger zijn dan deze complicatierisico's zelf.

Een duidelijke toepassing hiervan vindt men bij schildklieroperaties, die het risico inhouden dat de stembandzenuwen worden beschadigd. Bij stress en angst wordt de schildklierfunctie echter gestimuleerd, waardoor haar omvang toeneemt, en het gevaar verhoogt dat de zenuw wordt getroffen.

Maar ook psychische of psychosomatische schade kan een voldoende rechtvaardiging vormen voor de therapeutische exceptie, al moet dit gevaar reëel en ernstig zijn. Het *Supreme Court* van Hawaii aanvaardde de therapeutische exceptie in een soortgelijk geval<sup>57</sup>. Na een röntgenonderzoek van de aorta met een contrastmiddel, werd Nishi verlamd en hij stierf kort daarop. Zijn weduwe verweet de behandelende artsen hem over deze risico's (die overigens gering waren: 2 op 3.800) niet te hebben ingelicht. De artsen wierpen op dat Nishi aan een hartkwaal leed en dat zijn bloeddruk zeer hoog was. Hij was een intelligente man, die als het ware gefixeerd was op zijn ziekteverloop.

28. Dit alles betreft echter enkel de aan de patiënt mee te delen informatie ten einde het hem mogelijk te maken met kennis van zaken te beslissen over een hem voorgestelde ingreep. Buiten deze context evenwel heeft de arts m.i. helemaal niet tot plicht de patiënt in te lichten over een fatale prognose, tenzij die er uitdrukkelijk en werkelijk om vraagt. En dan nog moet de arts m.i. steeds een sprankeltje hoop laten.

29. In België werd het probleem van de informatieplicht van de arts zeer duidelijk gesteld in een geval waarin een patiënte een alcoholisatie van de ganglion van Casser had ondergaan, ter behandeling van een faciale neuralgie. Aan een dergelijke ingreep is het zeker niet exceptionele, maar niet erge risico verbonden van keratitis, maar eveneens het vrij uitzonderlijke risico van gezichtsverlamming. In casu had de arts zijn patiënte van geen enkel van deze risico's op de hoogte gebracht, terwijl beide risico's helaas werkelijkheid werden.

Het Hof van Beroep te Brussel<sup>58</sup> achtte de arts niet aansprakelijk. Het keratitis-risico komt als zodanig niet ter sprake, terwijl het risico van gezichtsverlamming als zo exceptioneel wordt beschouwd dat de arts het aan zijn patiënte niet hoefde mee te delen.

Na cassatie, wegens schending van de motiveringsplicht, werd de zaak verwezen naar het Hof van Beroep te Luik<sup>59</sup>. Dit rechtscollege poneert als beginsel dat «behoudens uitzonderingen zoals spoedgevallen, de geneesheer die meent een therapie te moeten toepassen waaraan ernstig gevaar verbonden is, zulks niet mag doen dan nadat zijn voorgelichte patiënt daarin heeft toegestemd. Aan de patiënt moeten evenwel niet alle risico's van de voorgenomen ingreep worden meegedeeld, inzonderheid niet de meest hypotheti-

sche en zeldzame risico's. Een dermate gedetailleerde informatie zou een negatieve invloed hebben op het moreel van de patiënt, en zou hem ertoe kunnen brengen, zonder redelijk motief, een voor zijn gezondheid heilzame ingreep te weigeren».

De arts moet dus enkel aan zijn patiënt de voorzienbare en normale gevolgen van de ingreep meedelen. Daarbij moet hij er bovendien voor waken dat de mededeling van de courante risico's geen noodlottige angst meebrengt; hij zal daarentegen de reële risico's afwegen tegen het nut van de ingreep.

Deze beginselen, die aanvaardbaar lijken, past het arrest vervolgens op het litigieuze geval toe. Het stelt vast dat de arts zijn patiënte niet eens had voorgelicht over het nochtans courante keratitis-risico. Maar dit op zichzelf betreurenswaardig verzuim kon, gezien de omstandigheden van de zaak, de aansprakelijkheid van de arts niet meebrengen. De patiënte leed immers hevige pijnen, die zonder enig uitstel een radicaal ingrijpen rechtvaardigden, en zij verzette zich anderzijds tegen een andere nogal bloederige ingreep. Daarom mocht de arts er terecht van uitgaan dat het moreel van zijn patiënte wellicht erg zou worden aangetast, indien hij haar voorlichtte omtrent de aard van de alcoholisatie en omtrent de keratitis die waarschijnlijk daarop zou volgen. Een dergelijke voorlichting zou tot gevolg hebben gehad, hetzij dat de patiënte de nochtans zeer nuttige alcoholisatie zou hebben geweigerd, hetzij dat zij onderhevig zou zijn geweest aan een zenuwspanning met bijzonder gevaar voor het verloop zelf van de ingreep.

Het hof van beroep besluit: «Na aldus tegen elkaar te hebben afgewogen enerzijds de pijn waaraan zonder uitstel een einde diende te worden gemaakt, en anderzijds het risico van een tijdelijke en pijnloze keratitis, heeft de arts, zonder een fout te begaan, de alcoholisatie kunnen verrichten, met toestemming van zijn patiënte, zonder haar beter te hebben voorgelicht omtrent de gevolgen van de ingreep.»

30. Dit arrest lijkt een vrijbrief te verlenen aan het «medisch imperialisme»<sup>60</sup>. De arts mag blijkbaar, zonder zijn patiënt te informeren over het voorzienbare risico van keratitis, tot de alcoholisatie overgaan, omdat zijn patiënt hevige pijn lijdt en er dringend moet worden ingegrepen. De redenen die het arrest voor deze beslissing opgeeft, overtuigen nauwelijks.

Wat de mogelijkheid betreft dat de patiënt de ingreep zou weigeren, is het voldoende eraan te herinneren dat de informatieplicht van de arts juist tot doel heeft het de patiënt mogelijk te maken een beslissing te nemen, hoe onverantwoord die, medisch gezien, eventueel ook moge zijn. Anderzijds lijkt de funeste invloed die de mededeling van het keratitis-risico op het moreel van de patiënte zou hebben gehad met een grote korrel zout te moeten worden genomen. Volgens het hof van beroep zou de stresstoestand waarin de van dit risico op de hoogte gebrachte patiënte zou hebben verkeerd, een bijzonder gevaar voor het verloop zelf van de ingreep hebben opgeleverd. M.i. valt te

<sup>57</sup> *Nishi v. Hartwell*, 473 *Pacific Reporter*, 2d, 116 (Sup. Ct. 1970).

<sup>58</sup> 21 juni 1967, *J.T.*, 1968, 27.

<sup>59</sup> 27 november 1971, *J.T.*, 1974, 297; hier wordt de Nederlandse vertaling van het arrest geciteerd, daarbij o.m. gebruik makend van de tekst van Cass., 4 oktober 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 132.

<sup>60</sup> Vgl. R.O. DALCQ, «La responsabilité médicale», *T.P.R.*, 1974, 358-359, nr. 19; J.-L. FAGNART, noot in *J.T.*, 1974, 299-301.

betwijfelen of deze laatste formule letterlijk kan worden opgenomen<sup>61</sup>.

Per saldo is het resultaat van dit arrest nochtans aanvaardbaar. De arts moest aan zijn patiënte weliswaar het voorziene, maar weinig ernstige, want voorbijgaande keratitis-risico meedelen, maar niet het uitzonderlijke risico van faciale verlamming. Indien hij zijn informatieplicht naar behoren had vervuld, zou de patiënte zich wellicht niet hebben laten afschrikken door het keratitis-risico, en zou de faciale verlamming dus toch zijn ingetreden (vgl. nr. 42).

31. Niettemin werd ook tegen dit arrest cassatieberoep ingesteld, maar deze keer tevergeefs<sup>62</sup>.

Het Hof van Cassatie overweegt uitermate sober dat het bestreden arrest de beginselen inzake de toestemming van de patiënt wettelijk heeft verduidelijkt. Het arrest besliste anderzijds wettig dat de arts, gezien de omstandigheden die het in feite en derhalve op onaantastbare wijze weergeeft, de toestemming van zijn patiënte om operatief in te grijpen, had gekregen, nadat hij haar, met inachtneming van haar lichamelijke en morele toestand, voldoende had voorlicht.

De overwegingen van het bestreden arrest dat de behoorlijk geïnformeerde patiënte de ingreep zou hebben geweigerd ofwel onder een dusdanige nerveuze spanning zou hebben gestaan dat het verloop van de ingreep erdoor zou worden bemoeilijkt, zijn immers feitelijk van aard.

32. De Franse rechtspraak deelt evenzeer de mening dat enkel de normale risico's moeten worden meegedeeld<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> ABBULH & GERKING, «Informed consent of the emotionally disturbed patient», 303 *Legal Medicine Annual*, 215 e.v. (1975) geven, in dit verband, niettemin het volgende vrij plausible voorbeeld. Bij een neurotische vrouw die lijdt aan operatiefobie en doodsangst, wordt in de darm een kankergetzel ontdekt, dat zeer eenvoudig en zonder noemenswaardig risico kan worden verwijderd, waardoor de vrouw, naar alle waarschijnlijkheid, volledig genezen zal zijn. In dit geval zou de arts aan de patiënte enkel toestemming moeten vragen om de ingreep te mogen doorvoeren, en daartoe zou hij haar de afwezigheid van elk complicatierisico mogen voorspiegelen.

<sup>62</sup> Cass., 4 oktober 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 132, *J.T.*, 1974, 296, met noot J.-L. FAGNART.

Aangezien het bestreden arrest overweegt dat de behoorlijk voorgelichte patiënt *hetzij* een weigerende houding zou hebben aangenomen — hetgeen de beslissing kennelijk niet kan rechtvaardigen — *hetzij* een zenuwspanning zou hebben opgelopen met een bijzonder gevaar voor het verloop zelf van de ingreep, zou men in het cassatiearrest eventueel de stelling kunnen lezen dat de arts een bepaald risico niet moet meedelen, indien de *mogelijkheid* bestaat dat deze mededeling een nefaste invloed zou hebben op de voorgenomen ingreep. Maar wellicht is het niet correct om het arrest in die zin op te vatten.

In een ander geval (Rb. Luik, 8 september 1975, en Luik, 23 april 1980, *R.G.A.R.*, 1981, 10351) werd geoordeeld dat de arts gehouden was om een «ongewoon» risico van een bepaalde diagnostische ingreep mee te delen. De voorziening in cassatie werd verworpen (Cass., 8 oktober 1981, *R.G.A.R.*, 1983, 10590), zonder dat het Hof zich echter uitsprak over de omvang van de informatieplicht van de arts. De arts had nl., zonder dringende noodzaak, zijn patiënte aan een gevaarlijke behandeling onderworpen, en dit volstond om zijn aansprakelijkheid mee te brengen.

<sup>63</sup> Cass. civ., 23 mei 1973, *J.C.P.*, 1975, II, 17955, met noot R. SAVATIER; 2 mei 1978, *Bull. civ.*, I, nr. 165, blz. 132; Lyon, 17 november 1952, *D.*, 1953, 253, met noot P. GERVÉSIE.

Wanneer het therapeutisch nut van de ingreep echter gering is, zoals in het geval van esthetische chirurgie, moeten ook de uitzonderlijke complicatierisico's worden meegedeeld, op voorwaarde dat ze voldoende ernstig zijn<sup>64</sup>.

Anderzijds werd geoordeeld dat de chirurg die een vrouw steriliseert, haar attent moet maken op de mogelijkheid dat de ingreep niet slaagt, zelfs indien de kans op mislukking zeer gering is<sup>65</sup>. Het betrof hier evenwel geen complicatierisico, maar de kans dat de ingreep niet het verhoopte resultaat zou hebben. En bovendien kon de patiënte met tamelijk eenvoudige middelen maatregelen treffen om, door een adequaat gedrag, het uitblijven van het gewenste resultaat op te vangen.

33. In Duitsland<sup>66</sup> wordt daarentegen geleerd — en dit lijkt me het ware criterium te zijn — dat de arts die risico's moet meedelen welke voor een redelijk mens, die zich in de bijzondere situatie van de patiënt bevindt, zoals de arts die kent of moet kennen, relevant zijn voor het nemen van de beslissing of hij al dan niet met de ingreep zal instemmen. De statistische waarschijnlijkheid van het complicatierisico is daarbij ongetwijfeld een van de factoren die de beslissing van een redelijk mens beïnvloeden, maar niet de enige factor. Wenst de patiënt anderzijds nog verdere informatie, dan moet de arts ook die verstrekken.

Dit criterium is nauw verwant met de minderheidsopvatting die in dezen in de V.S.A. wordt aangenomen, en volgens welke de arts aan zijn patiënt alle «material risks» moet meedelen. «A risk is material when a reasonable person in what the physician knows or should know to be the patient's position would be likely to attach significance to the risk or cluster of risks in deciding whether or not to forego the proposed therapy»<sup>67</sup>.

Volgens de meerderheidsopvatting daarentegen maakt de informatieverstrekking deel uit van de medische behandeling zelf. Of de arts daarbij een fout heeft begaan, wordt dan ook uitgemaakt door deskundigen die nagaan of de arts dié inlichtingen heeft verstrekt die bekwaame en gewetensvolle artsen zouden hebben verstrekt: het medisch

<sup>64</sup> Cass. fr., 17 november 1969, *D.*, 1970, 86, *Gaz. Pal.*, 1970, I, 49; Lyon, 8 januari 1981, *J.C.P.*, 1982, II, 19699, met noot F. CHABAS, *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, 152, met noot DURRY: een vrouw die haar hangborsten chirurgisch liet corrigeren, beklaagde er zich over dat die, na de ingreep, nog verder doorhingen, en dat ze bovendien nog ontsierd waren door onaantrekkelijke littekens; Cass. fr., 22 september 1981, *J.C.P.*, 1981, IV, 384; 20 maart 1984, *D.*, 1985, I.R., 369: aangezien de ingreep geen therapeutisch nut heeft, wordt hij uitsluitend aangegaan in functie van het verhoopte resultaat; de patiënt moet dan ook gedetailleerd worden ingelicht over het te verwachten resultaat en over de complicatierisico's.

Juist wegens de bijzondere aard van louter esthetische chirurgie, legt zekere Franse rechtspraak aan de chirurg zelfs een (quasi-)resultaatverbintenis op, ten onrechte overigens (zie F. CHABAS, *g.cit. noot*).

<sup>65</sup> Cass. fr., 9 mei 1983, *J.C.P.*, 1984, 20262, met noot A. DORSNER-DOLIVET. Vgl. Rb. Maastricht, 22 november 1979, *N.J.*, 1980, nr. 655.

<sup>66</sup> Zie daarover M. LINZBACH, *Informed Consent. Die Aufklärungspflicht des Arztes im amerikanischen und im deutschen Recht*, Frankfurt-Bern-Cirencester, 1980, 106.

<sup>67</sup> *Canterbury v. Spence* (1972) 464 *Federal Reporter* 2d 772, 776.

korps bepaalt dus zelf de omvang van de informatieplicht<sup>68</sup>.

34. Betreffende de door de arts te verstrekken informatie schrijft het wetsvoorstel Hancké (artikel 3) voor dat die tot voorwerp moet hebben «de diagnose, de behandeling, de prognose, de andere behandelingsmogelijkheden, en normaal voorzienbare risico's». De noodzakelijk uit de ingreep voortvloeiende schadelijke gevolgen ontbreken in deze opsomming; maar het lijkt me zeker niet de bedoeling die van de informatieplicht uit te sluiten.

De toelichting schrijft daaromtrent het volgende<sup>69</sup>: «De algemene norm die de behandelende arts bij de informatie aan de patiënt dient te hanteren is het verstrekken van inlichtingen over feiten en mogelijkheden die een normaal handelingsbekwaam persoon nodig heeft om een beslissing te nemen (vgl. nr. 33).

Een algemeen stramien waarop de informatie gegeven moet worden, is niet uit te werken. De arts zal bij elke patiënt de wijze van informatieverstrekking moeten aanpassen, rekening houdende met de intellectuele en psychische geschiktheid om informatie te begrijpen en te verwerken.

Heel belangrijk bij de informatieverstrekking is het taalgebruik. In de gezondheidszorg wordt nogal graag moeilijke en gewichtige taal gebruikt, onverststaanbaar voor de leek. Medische vaktaal is onbegrijpelijk voor de meeste patiënten.

De patiënt moet begrijpen wat er met hem aan de hand is en zal gebeuren.

Dat de inhoud van de informatie wetenschappelijk juist moet zijn, is voor de hand liggend.

Ook de wijze waarop de informatie wordt gegeven is essentieel. De behandelende arts dient ervoor te waken zijn patiënt niet te manipuleren door waardeoordelen uit te spreken, door verving van de informatie, door de patiënt angst aan te jagen, enz.

De inhoud zelf van de informatie moet algemeen het volgende omvatten: de diagnose, de keuze van behandeling en de aangewende methodes, de rechtstreekse of onrechtstreekse risico's, de voor- en nadelen van de verschillende behandelingswijzen, de andere mogelijkheden en de prognose... De inhoud van de informatie zal ook afhankelijk zijn van de aard en de ernst van de medische ingreep en van de omstandigheden waarin de patiënt zich bevindt.»

Er wordt eveneens toespeling gemaakt op de therapeutische exceptie: «Voor de risico's wordt wel een beperking ingebouwd. Het heeft geen zin en is soms *niet aangewezen* de patiënt te informeren over statistisch niet significante risico's»<sup>70</sup>.

35. Het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt mag anderszits geen bescherming worden die hem tegen wil en dank wordt opgedrongen.

Denkbaar is dat een patiënt zijn lot grotendeels in handen van de dokter legt: «Zie maar dat ik weer beter wordt; alles wat u doet, vind ik prima.»

Wanneer tussen de arts en de patiënt een grote vertrouwensrelatie heerst, voelt de patiënt er wellicht weinig voor

om te worden geconfronteerd met een arts die hem nauwgezet de voor- en de nadelen van de ingreep komt uiteenzetten, en van hem een voorgelichte instemming verlangt. Een zieke, angstige en gedeprimeerde patiënt is overigens vaak niet tot een redelijke keuze in staat: zijn vrijheid om te beslissen ervaart hij wellicht als een hinderlijke verplichting.

De patiënt moet dus geacht kunnen worden bewust en expliciet — impliciet creëert te veel rechtsonzekerheid — zijn zelfbeschikkingsrecht aan de arts — of aan een andere vertrouwenspersoon — te kunnen overdragen.

«Maar dit mag niet zo ver gaan dat de patiënt zichzelf daarmee de kans ontnemt om bij werkelijk cruciale dilemma's zelf over eigen leven en toekomst mee te beslissen»<sup>71</sup>. Anders zou er sprake zijn van een overeenkomst met een ongeoorloofd voorwerp. «L'homme est condamné à être libre.»

### § 3. Sanctie van het instemmingsvereiste

36. Juridische beginselverklaringen hebben enkel een morele waarde, indien hun naleving niet afgedwongen kan worden of minstens kan worden gesanctioneerd. Laten we daarom onderzoeken in hoeverre het instemmingsvereiste in de persoon van de patiënt en de informatieverplichting in de persoon van de arts worden gesanctioneerd.

#### A. Ingrepen verricht zonder instemming van de patiënt

37. Laten we eerst het probleem zuiver omschrijven.

We gaan ervan uit dat de ingreep in alle opzichten onberispelijk is uitgevoerd, op de instemming van de patiënt na. De arts beging derhalve niet de minste behandelingsfout; en zijn ingreep was gerechtvaardigd door een voldoende therapeutische noodzaak.

Niettemin beging de arts een fout, en zelfs een misdrijf, door de fysieke integriteit van de patiënt aan te tasten, buiten diens wil om<sup>72</sup>. Hij zal aansprakelijk zijn voor alle schadelijke gevolgen van zijn eigengereid optreden, en zal aan de patiënt schadevergoeding moeten betalen, op basis van de artikelen 1382 en 1383 B.W.

De moeilijkheid is echter dat er wellicht geen schadelijke gevolgen zullen zijn. Of, correcter uitgedrukt: de schadelijke gevolgen zullen helemaal niet opwegen tegen de heilzame gevolgen van de ongewilde ingreep. Bij onderstelling heeft men immers te maken met een correct uitgevoerde, therapeutisch noodzakelijke ingreep: de tijdelijke pijn en de arbeidsongeschiktheid die de patiënt dientengevolge oploopt, zullen normalerwijze niet opwegen tegen de blijvende en substantiële verbetering van zijn fysieke conditie<sup>73</sup>.

Het enige probleem bestaat in de zgn. aan elke ingreep inherente risico's. De medici hebben in de juridische wereld de idee ingang doen vinden dat bepaalde complicatierisico's niet te vermijden zijn, zelfs niet door de beste chirurg. Of-

<sup>71</sup> F. DEKKERS, *op. cit.*, 104.

<sup>72</sup> Zie o.m. Brussel, 6 januari 1951, *J.T.*, 234, waar de chirurg de patiënt anesthesieerde volgens een methode waartegen deze zich uitdrukkelijk had verzet. Vgl. R. DIERKENS, *art. cit.*, 253, nr. 15.

<sup>73</sup> Vgl. noot R. SAVATIER, onder Cass. fr., 28 december 1954, *D.*, 1955, 249-251.

<sup>68</sup> M. LINZBACH, *op. cit.*, blz. 51 e.v.

<sup>69</sup> Toelichting, blz. 3.

<sup>70</sup> Toelichting, blz. 6 (bij art. 3).

schoon ter zake enig scepticisme geboden is — de statistieken wijzen immers uit dat bepaalde chirurgen beduidend minder onvermijdelijke complicatierisico's veroorzaken dan anderen —, moet dus worden aangenomen dat een mislukte ingreep niet noodzakelijkerwijze op een fout van de arts wijst.

Wanneer de patiënt nu pech heeft, en zich zo een aan de ingreep inherent risico bij hem voordoet, zullen de nadelen van de ingreep wellicht groter zijn dan de voordelen ervan. En pas dan doet zich een probleem van burgerlijke aansprakelijkheid voor.

38. Daartoe moet echter vaststaan dat de ingreep inderdaad geschiedde zonder de instemming van de patiënt. Hetgeen meteen de vraag doet rijzen op wie in dezen de bewijslast rust.

In een arrest van 29 mei 1951<sup>74</sup> besliste de Franse *Cour de cassation* dat de patiënt moet aantonen dat hij zijn instemming niet heeft verleend; het betrof een geval waarin bij een patiënt, nodeloos, een been geamputeerd werd, nadat de arts een dijfractuur had gediagnosticeerd als beenkanker.

Ervan uitgaande dat de arts de contractuele verplichting heeft de instemming van zijn patiënt te vragen, was de *Cour de cassation* van mening dat de patiënt de niet-nakoming van deze plicht diende te bewijzen.

Het uitgangspunt van de *Cour de cassation* is echter betwistbaar, en in elk geval eenzijdig (zie nr. 12). De arts heeft een handeling gepleegd die *in se* onrechtmatig is, en voor de rechtmatigheid waarvan de instemming van de patiënt vereist is. Principieel lijkt de bewijslast me dan ook op de arts te moeten liggen<sup>75</sup>.

39. De instemming van de patiënt mag hij echter door alle middelen rechtens bewijzen, aangezien hij zich in de morele onmogelijkheid bevindt zich een schriftelijk bewijs te verschaffen<sup>76</sup>. Hij kan met name getuigen en vermoedens invoeren, bv. dat de patiënt zich vrijwillig, op het afgesproken uur, naar het ziekenhuis heeft begeven, na vooraf een aantal onderzoeken te hebben ondergaan die in de richting wijzen van de uitgevoerde ingreep, e.d.m. De arts zou zelfs zijn eigen respectabiliteit mogen invoeren: hij is bekend als iemand die het zelfbeschikkingsrecht van zijn patiënten eerbiedigt, en heeft zulks in het verleden vaak bewezen; hij zal dan ook wellicht deze keer de instemming van de patiënt hebben gevraagd<sup>77</sup>.

Het door de arts geleverde bewijs mag uiteraard ontzenuwd worden door de patiënt, waarop de arts nieuwe

<sup>74</sup> Cass. fr., 29 mei 1951, *J.C.P.*, 1951, 6421, met noot R. PERROT, *D.*, 1952, 53, met noot R. SAVATIER; 21 februari 1961, *D.*, 531, *J.C.P.*, 1961, 12129, met noot R. SAVATIER; 7 juli 1964, *D.*, 1964, 625; Parijs, 6 december 1984, *D.*, 1985, I.R., 369. Deze arresten maken echter niet steeds (duidelijk) onderscheid tussen de bewijslast m.b.t. de instemming en die m.b.t. de informatieverstrekking.

<sup>75</sup> Vgl. Rb. Luik, 27 november 1889, *Pas.*, 1890, III, 83; Luik, 30 juli 1890, *Pas.*, 1891, II, 78; P. GERVÉSIE, noot onder Lyon, 17 november 1952, *D.*, 1953, 255.

<sup>76</sup> Vgl. Brussel, 21 maart 1896, *Pas.*, 1897, II, 54; Brussel, 6 januari 1951, *J.T.*, 1951, 234.

<sup>77</sup> R. SAVATIER, J.-M. AUBY, J. SAVATIER & H. PÉQUINOT, *Traité de droit médical*, Parijs, 1956, 230, nr. 252.

elementen zal moeten aanbrengen waaruit het feit van de instemming blijkt.

In het wetsvoorstel Hancké moet de instemming van de patiënt *schriftelijk* gegeven worden (artikel 4), terwijl de bewijslast voor de verkregen instemming op de arts rust.

In feite geeft de patiënt zijn instemming nochtans meestal impliciet. Hij consulteert een arts; deze onderzoekt hem, stelt zijn diagnose, en stelt aan de patiënt een bepaalde behandeling of ingreep voor, na — hopelijk — het waarom en de eventuele risico's van de voorgestelde behandeling voldoende te hebben uiteengezet. Indien de patiënt dan niet afhaakt, wordt hij geacht met de behandeling in te stemmen. Wie zwijgt, stemt toe<sup>78</sup>. Men spreekt dan ook, niet ten onrechte, van een *informed refusal* van de patiënt in plaats van een *informed consent*<sup>79</sup>.

40. In de veronderstelling dat de arts niet slaagt in zijn bewijsopdracht, moet nog het oorzakelijk verband tussen zijn fout — het niet vragen van de instemming van de patiënt — en de schade vaststaan. De arts kan immers opwerpen dat de patiënt in elk geval zou hebben ingestemd met de uitgevoerde ingreep of uitbreiding van ingreep (het probleem wordt pas in die hypothese reëel), indien hij hem erom had gevraagd.

Vanzelfsprekend kan de arts dit enkel volhouden, voor zover zijn fout bestaat in het niet-vragen van de instemming; wanneer de arts een duidelijke weigering van de patiënt heeft genegeerd, zal hij aan zijn aansprakelijkheid niet kunnen ontsnappen.

Maar zelfs indien hij slechts verzuimd heeft de instemming van de patiënt te vragen, wordt de ontkenning van het oorzakelijk verband tussen dit verzuim en de schade slechts geloofwaardig, wanneer de arts preciseert dat de door hem uitgevoerde ingreep, gelet op de kwaal van de patiënt en op de effectiviteit en de risico's van de ingreep, de instemming van een normaal redelijk mens zou hebben weggedragen.

De vraag naar de oorzakelijkheid van het niet vragen van de instemming komt dus in feite neer op de vraag naar de oorzakelijkheid van een foutieve of onvoldoende informatieverlening. Deze vraag komt onmiddellijk hierna aan de orde.

#### B. Ingreep verricht zonder behoorlijke voorlichting van de patiënt

41. Indien de enige bewijsbare fout van de arts erin bestaat zijn patiënt niet voldoende te hebben voorgelicht, zal de arts andermaal slechts aansprakelijk kunnen worden gesteld, indien zich een aan de ingreep inherent complicatierisico heeft voorgedaan dat niet opweegt tegen de voordelen van de behandeling.

Bovendien komt het m.i. aan de patiënt toe te bewijzen dat de arts hem niet behoorlijk heeft voorgelicht. De fout die de patiënt aan zijn arts verwijt, bestaat immers in een *culpa in contrahendo*, resp. in een contractuele wanprestatie, resp. in een tekortkoming aan een uit zijn hoge taak voortvloeiende verplichting (zie eerder, nrs. 21-23). En,

<sup>78</sup> Vgl. N.W. DE SMIT, «Wie zwijgt, stemt toe», *T. Gez. R.*, 1984, 17-21.

<sup>79</sup> H. NYS, «De toestemming van de patiënt», *VI. T. Gez. R.*, 1984, 259.

volgens de gewone beginselen, rust de bewijslast van dergelijke fouten op diegene die ze aanvoert<sup>80</sup>.

De aldus op de patiënt gelegde bewijslast is zeer zwaar; hij betreft immers het bewijs van een oneindig negatief feit. De patiënt moet aantonen dat de arts hem niet alle relevante risico's heeft meegedeeld, en kan dit bewijs normalerwijze niet leveren door een positief feit aan te tonen, waaruit volgt dat de arts hem onvoldoende heeft geïnformeerd.

42. Indien de patiënt er al in slaagt aannemelijk te maken dat zijn arts hem niet voldoende geïnformeerd heeft, moet hij nog een zeer belangrijke en schier onoverwinnelijke hinderpaal nemen: hij moet het oorzakelijk verband aantonen tussen zijn gebrekkige voorlichting en de schade. Hij moet dus bewijzen dat hij niet zou hebben ingestemd met de hem voorgestelde ingreep, indien hij geweten had welke risico's eraan verbonden waren.

Van meet af is een dergelijke bewering vrij onwaarschijnlijk. Ik herinner aan de uitgangshypothese: het betreft een volgens de regels der kunst uitgevoerde ingreep, die bovendien therapeutisch noodzakelijk was. Maar de therapeutische noodzaak van de ingreep houdt in dat de eraan verbonden complicatierisico's niet opwegen tegen de ervan te verwachten voordelen. In dergelijke omstandigheden zal elk normaal en redelijk mens de ingreep, met de eraan verbonden risico's, verkiezen boven het blijven duren van de ziekte-toestand en de daaraan verbonden nefaste gevolgen.

Als ernstig gevaar dreigt, en de slaagkansen van de ingreep behoorlijk zijn, is er een feitelijk vermoeden van niet-oorzakelijkheid. Daarentegen zou men van een feitelijk vermoeden van oorzakelijkheid kunnen spreken, wanneer de behandeling minder dringend is, terwijl haar complicatierisico's aanzienlijk zijn<sup>81</sup>.

In het eerste geval zal de patiënt derhalve aannemelijk moeten maken dat hij niet behoort tot de categorie van de normale, aan de statistische wetten beantwoordende mensen, en dat hij bv. zou hebben verkozen nog slechts een paar maanden, maar ongeamputeerd, verder te leven, in plaats van beduidend langer, doch met een ernstige handicap, door het leven te gaan.

Ook Savatier<sup>82</sup> wijst op de zeer grote moeilijkheden om het oorzakelijk verband te bewijzen tussen de schending van de informatieplicht en de schade van de patiënt.

Wanneer de arts een juiste diagnose stelde — beenderkanker bv. — en daarna tot een beenamputatie overgaat, is

een eventueel gebrek aan informatie zelden of nooit oorzakelijk. De normale patiënt kiest, in de regel, voor de minste kwaal, hoe erg die mindere kwaal in bepaalde omstandigheden ook kan zijn.

Wanneer de fout van de arts er daarentegen in bestaat aan zijn patiënt onjuiste informatie te hebben verstrekt, wegens een foutieve diagnose, is het zeer twijfelachtig dat de patiënt met de voorgestelde ingreep zou hebben ingestemd, indien hij de waarheid had gekend. Men aanvaardt geen beenamputatie, ter genezing van een dijfractuur die de arts verkeerdelijk als een beenderkanker diagnoseerde. «Nous découvrons ainsi la seule faute qui, dans des cas semblables, soit, à nos yeux, causale par rapport au préjudice. Elle consiste à affirmer au malade... une certitude que le médecin n'est pas en droit d'avoir.»

Niet-nakoming van de informatieplicht zou derhalve, in de praktijk, slechts gesanctioneerd kunnen worden, wanneer de arts een achteraf onjuist gebleken diagnose als zeker en onbetwistbaar voorstelt, en op basis van een als zeker voorgestelde diagnose een bepaalde ingreep vooropstelt.

43. In deze omstandigheden loopt de patiënt het gevaar dat zijn recht op informatie dode letter wordt.

Toch kan in dit verband een arrest worden geciteerd van het Hof van Beroep te Luik<sup>83</sup> dat de arts aansprakelijk stelde voor de na een correct uitgevoerde angiografie ingetreden ernstige letsels. De patiënte vreesde een evolutieve hersentumor te ontwikkelen; maar niettemin is het hof van oordeel dat zij, indien behoorlijk voorgelicht over de risico's, de angiografie minstens zou hebben uitgesteld, en derhalve geen schade zou hebben opgelopen, aangezien achteraf bleek dat haar vrees ongegrond was.

De eerste rechter had het oorzakelijk verband ontkend. Zowel de bevestiging van het oorzakelijk verband als de ontkenning ervan lijken weinig gefundeerd<sup>84</sup>.

Zekere Franse rechtspraak lost de moeilijkheid op door het oorzakelijk verband, in gevallen als deze, erg liberaal te interpreteren<sup>85</sup>.

Men kan ook nog een beroep doen op de theorie van het verlies van een kans. De niet behoorlijk voorgelichte patiënt kreeg niet de gelegenheid om te kiezen tussen ziek blijven en de uitgevoerde ingreep, met de eraan verbonden risico's. Daardoor ging de mogelijkheid verloren dat hij de ingreep zou hebben geweigerd. Maar het verlies van een

<sup>83</sup> 23 april 1980, *R.G.A.R.*, 1981, 10351; het cassatieberoep werd verworpen (Cass., 8 oktober 1981, *R.G.A.R.*, 1983, 10590); maar het cassatiearrest is principieel oninteressant.

<sup>84</sup> «L'argument laisse un peu perplexe», schrijft R.O. DALCQ, («Evolution de la responsabilité médicale», *De Verz.*, 1981, (633), 649: «On n'a pu savoir que les examens étaient inutiles que quand on les a faits, et ce n'est évidemment pas cela qui engage la responsabilité du médecin.»

<sup>85</sup> «Considérant que ce manque d'information ne leur a pas permis de prendre une décision éclairée et de motiver un refus, que ce manque d'information a ainsi participé à la réalisation du dommage», waaruit wordt afgeleid dat de arts voor de helft van de schade aansprakelijk is (Parijs, 18 november 1983, *J.C.P.*, 1985, 20406, met noot A. DORSNER-DOLIVET). In een ander geval waarover de *Cour de cassation* zich moest uitspreken, werd het oorzakelijk verband blijkbaar niet ernstig betwist (Cass. fr., 8 november 1955, *D.*, 1956, 3).

<sup>80</sup> In het Duitse recht wordt de medische behandeling, zonder instemming van de patiënt, als een krenking van het leven of van de gezondheid opgevat (§ 823, I, B.G.B.). Die is onrechtmatig, tenzij er een geldige instemming is van de patiënt, met kennis van zaken. Het bewijs van deze rechtvaardigingsgrond ligt op de arts (LINZBACH, *op. cit.*, 116). Indien men evenwel de medische behandeling zonder instemming enkel beschouwt als een aantasting van een persoonlijkheidsrecht («ein sonstiges Recht», in de zin van § 823, I, B.G.B.), zou de patiënt de onrechtmatigheid van de ingreep, en derhalve de onvoldoende voorlichting moeten aantonen. De aantasting van een persoonlijkheidsrecht is immers een «offener Tatbestand», waarvan de onrechtmatigheid moet worden aangetoond (LAUFS, «Zur deliktsrechtlichen Problematik ärztlicher Eigenmacht», *N.J.W.*, 1969, (529), 535).

<sup>81</sup> M. LINZBACH, *op. cit.*, 80.

<sup>82</sup> Noot onder Civ. Angers, 4 maart 1947, *D.*, 1948, 299-302.

louter theoretische mogelijkheid wordt niet vergoed; de verloren gegane kans moet voldoende ernstig zijn.

44. Een ernstige poging om uit de impasse te geraken vindt men o.m. bij Dalcq<sup>86</sup>.

Volgens deze auteur aanvaardt de patiënt, door met de ingreep in te stemmen, ook alle eraan verbonden inherente risico's, voor zover de arts hem deze risico's, bij het sluiten van het medisch contract, meedeelt. Wanneer de arts deze risico's niet meedeelt, blijven ze daarentegen voor zijn rekening. De voorlichting door de arts heeft dus enkel repercussies voor de verdeling van de aan de ingreep onvermijdelijk verbonden complicatierisico's.

Problemen in verband met de oorzakelijkheid kunnen zich niet meer voordoen, omdat de vraag naar het oorzakelijk verband tussen een niet nagekomen informatieplicht en de schade irrelevant is geworden.

45. Arts en patiënt kunnen inderdaad een overeenkomst sluiten over de verdeling van de aan de ingreep inherente risico's: enkel de gevolgen van zijn eigen fout kan de arts niet afwentelen op de patiënt. Maar *in casu* sluiten zij niet een dergelijke overeenkomst. Zij beperken er zich toe een overeenkomst te sluiten betreffende een bepaalde behandeling tegen een bepaalde prijs (onverminderd het sub nrs. 13 e.v. betoogde).

De beweerde overeenkomst over de risicoverdeling kan dus hoogstens impliciet zijn. De instemming van de patiënt met de hem voorgestelde ingreep zou, in deze optiek, erg restrictief moeten worden geïnterpreteerd: de patiënt zou slechts die complicatierisico's aanvaarden die de arts hem heeft meegedeeld, terwijl hij de andere risico's voor rekening van de arts zou laten.

Een zodanige interpretatie lijkt me vrij onwaarschijnlijk: deze *impliciete* overeenkomst heeft meer weg van een  *fictieve* overeenkomst. Men bedenke bovendien dat de arts niet verplicht is alle mogelijke complicatierisico's mee te delen, maar enkel de courante, en dat hij bovendien nog de therapeutische exceptie kan invoeren.

De beweerde impliciete overeenkomst over de risicoverdeling zou dus eigenlijk als volgt moeten luiden: de patiënt aanvaardt de aan de ingreep inherent verbonden complicatierisico's, voor zover die hem door de arts zijn meegedeeld, met inbegrip evenwel van de hem door de arts niet meegedeelde complicatierisico's die slechts uitzonderlijk voorkomen of die de arts hem, om therapeutische redenen, niet hoefde mee te delen. M.i. moet men over veel verbeelding beschikken om de instemming van de patiënt aldus te interpreteren (zie ook, verder nr. 49).

46. In feite komt de oplossing van Dalcq neer op het instellen van een *private straf*. De arts moet de patiënt behoorlijk voorlichten. En, wanneer hij nalaat zulks te doen, moet hij de schadelijke gevolgen vergoeden van de complicatierisico's die hij ten onrechte niet ter kennis heeft gebracht van zijn patiënt<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> *Traité*, nrs. 1075 e.v.; «La responsabilité médicale», *T.P.R.*, 1974, 355 e.v. Vgl. M. DEL CARRIL, «Le consentement du malade dans le cadre du contrat médical», *R.G.A.R.*, 1966, 7677: «Le consentement a donc une double portée, puisqu'il assure le respect du droit du malade à la liberté et à l'intégrité physique et qu'il décharge contractuellement le médecin de tous les risques éventuels d'un acte médical malheureux, indépendant de toute faute.»

<sup>87</sup> Vgl. B. RAJBAUT, *Le rôle de la volonté en matière médicale*,

Deze private straf zou haar grondslag hierin kunnen vinden dat de ingreep slechts geoorloofd is met een *geldige* instemming van de patiënt. Welnu, de instemming van de niet behoorlijk voorgelichte patiënt zou door dwaling aangetast zijn, en derhalve ongeldig.

Maar dwaling betreffende een hoedanigheid van de zaak, in casu van de voorgenomen ingreep, is slechts een grond tot nietigheid, indien ze substantieel is, d.w.z. indien de patiënt niet zou hebben ingestemd, wanneer hij de relevante complicatierisico's zou hebben gekend<sup>88</sup>.

Men geraakt met andere woorden niet uit de impasse door te beweren dat een arts die zijn patiënt in die mate onvoldoende informeert, dat de instemming nietig is, optreedt zonder instemming, en derhalve onrechtmatig han-

thèse Paris XII, Saint-Maure, 1981; Cass. fr., 11 februari 1986, *Gaz. Pal.*, 21-22 mei 1986, 14.

In Duitsland komen sommige auteurs, zij het op andere gronden, tot een vergelijkbaar resultaat. «Bei der eigenmächtigen Heilbehandlung liegt der haftungsbegründende deliktische Vorwurf jedoch nicht in der unterlassenen Aufklärung, sondern in einem positiven Tun, nämlich die Tatsache der Behandlung, die eine Körperverletzung darstellt. Das Unterlassen der Aufklärung begriff nicht den Tatbestand im engeren Sinne, es lässt lediglich die ohnehin bestehende Rechtswidrigkeit der Körperverletzung unberührt. Der nicht gestaltete Heileingriff entbehrt deshalb mit allen seinen Folgen der rechtfertigenden Grundlage. Schaden und Verletzungshandlung liegen vor. Der Schaden ist auch durch die Behandlung des Arztes herbeigeführt worden» (LINZBACH, *op. cit.*, 120). Door de eigengereide therapeutisch verantwoorde behandeling als zodanig als onrechtmatig te beschouwen, en niet enkel in zoverre ze de met kennis van zaken verleende instemming van de patiënt ontbeert, kan het oorzakelijk verband niet worden ontkend.

Toch laat het *Bundesgerichtshof* (BGHZ 29, 176 (187)) de arts toe te bewijzen dat de patiënt zou hebben ingestemd, na behoorlijk te zijn voorgelicht.

<sup>88</sup> «Est substance ou qualité substantielle, tout élément qui a déterminé principalement la partie à agir ou à contracter, en telle sorte que, sans cet élément, le contrat n'eût pas été conclu» (DE PAGE, I, 51, nr. 39). Vgl. A. FAHMY ABDOU, *Le consentement de la victime*, Parijs, 1971, 231-232, nr. 126. P. ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité*, thèse, Dijon, 1978, 56 e.v., leert dat men zich niet zozeer moet afvragen of de toelating geldig dan wel nietig is, maar of ze efficiënt is, en de onrechtmatigheid kan wegnemen. Enkel een met kennis van zaken gegeven toelating kan dit gevolg sorteren: «Il ne s'agit pas de savoir si la volonté était suffisamment éclairée pour produire des effets juridiques; il s'agit de porter un jugement sur la conduite d'une personne, et, dans ce jugement, on doit nécessairement tenir compte de la bonne ou mauvaise foi de cette personne (blz. 57, nr. 57). Wie bv. van iemands debiliteit profiteert om hem ertoe te bewegen een zaak af te geven, maakt zich van deze zaak meester tegen de wil in van de eigenaar, en pleegt diefstal (Crim., 26 juni 1974, *Bull. crim.*, 622, nr. 243).

Overigens is een medische ingreep zonder instemming van de patiënt ongetwijfeld strafbaar; maar het is de vraag of deze ingreep ook strafbaar is, indien de patiënt zijn instemming gaf, zonder evenwel vooraf behoorlijk te zijn voorgelicht. De *Cour de cassation* (17 november 1969, *D.*, 1970, 85, *J.C.P.*, 1970, 16507, met noot R. SAVATIER) beantwoordde deze vraag negatief. Savatier (gecit. noot) beantwoordt ze positief. In dezelfde zin als Savatier: *Losbladige Commentaar op het Nederlands Wetboek van Strafrecht*, ad art. 300, nr. 9, blz. 972; H.J. RUDOPHI, E. HORN & E. SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, II, *Besonderer Teil*, losbladig, § 223, nr. 36.

delt<sup>89</sup>. Want instemming van de patiënt is slechts vernietigbaar, indien hij de ingreep, na correcte voorlichting, zou hebben geweigerd. Het oorzakelijk verband komt, door de achterdeur, dus toch weer om het hoekje kijken.

47. In dit verband kan het probleem worden gesteld van de pessimistische medische leugen. Wanneer een arts aan zijn patiënt opzettelijk een pessimistische diagnose meedeelt die niet met de werkelijkheid strookt, ten einde aldus de instemming van de patiënt te krijgen, is het oorzakelijk verband tussen de foutieve informatie en de schade van de patiënt vrij plausibel. Een patiënt die wordt geconfronteerd met een kankerdiagnose, zal allicht eerder zijn instemming geven met een ingreep dan een patiënt aan wie, waarheidsgetrouw, wordt meegedeeld dat er vermoedens zijn van maligniteit.

Toch moet het probleem zuiver worden gesteld. De hypothese is — het zij herhaald — die van een correct uitgevoerde ingreep die bovendien therapeutisch noodzakelijk is. Wanneer de diagnose foutief is, is de arts reeds om die reden aansprakelijk, en bevinden we ons dus buiten het domein van onze hypothese.

Het Hof van Beroep te Parijs<sup>90</sup> moest over de volgende merkwaardige zaak uitspraak doen. Een dokter raadde aan zijn patiënte een radiotherapeutische behandeling aan, nadat hij een kwaadaardig gezwel bij haar had menen te ontdekken. De patiënte was nogal weigerachtig, en drong aan op een tweede biopsie. Ofschoon die negatief was, zei de arts dat ze zijn vermoeden bevestigde. Waarop de patiënte de stralingstherapie aanvaardde, met vrij ernstige schadelijke gevolgen.

Zij dagvaardde haar arts, en baseerde haar vordering alleen op diens leugen. De arts bleef volhouden dat de patiënte, ondanks de twee negatieve biopsies, aan kanker leed, en dat hij haar, dank zij zijn list, het leven had gered. Hij vorderde dat een expert zou worden aangewezen om uit te maken of zijn diagnose inderdaad correct was. Het Hof van Beroep te Parijs, en daarna de *Cour de cassation*, wezen zijn verzoek van de hand.

Uiteraard is de houding van de eigengereide arts, die bovendien het resultaat van de tweede biopsie eveneens voor een door zijn patiënte geconsulteerde arts verborgen had gehouden, zeer afkeurenswaardig. Indien echter — hetgeen onwaarschijnlijk is — gebleken zou zijn dat de patiënte inderdaad aan kanker leed, en, dank zij haar koppige arts, genezen was, zou de schade die de patiënte leed ten gevolge van de stralingsbehandeling, geenszins opwegen tegen haar genezing van kanker. Voor schadevergoeding ten laste van de arts, die, tegen beter weten in, in zijn kankerdiagnose bleef geloven, zou dan ook geen plaats zijn. Derhalve werd de gevraagde expertise m.i. ten onrechte afgewezen<sup>91</sup>.

48. In het geval van de alcoholisatie van de ganglion van Gasser (zie nr. 29) had, zo zal men zich herinneren, de arts zijn patiënte niet ingelicht over het courante risico van keratitis, terwijl schadevergoeding werd gevorderd wegens de ingetreden gezichtsverlamming, die als een exceptioneel risico moet worden beschouwd.

In de — twijfelachtige — onderstelling dat de patiënte erin zou slagen het oorzakelijk verband tussen het gebrek aan informatie en haar instemming te bewijzen, moet de arts ook aansprakelijk worden gesteld voor de schadelijke gevolgen van de verlamming. De niet-mededeling van het courante risico (keratitis) is immers op zichzelf foutief; en de arts moet alle daaruit voortvloeiende schade vergoeden. Ofschoon de informatieplicht slechts tot functie heeft de patiënt niet, buiten diens weten om, te confronteren met een bepaald soort risico's, is de arts aansprakelijk voor de realisatie van alle risico's, ook voor die welke hij niet hoefde mee te delen. Anders zou men de aansprakelijkheid beperken op grond van de strekking van de overtreden norm; maar in ons recht wordt de *Schutznormtheorie* niet aanvaard.

49. Anderzijds zal er klaarblijkelijk geen oorzakelijk verband bestaan tussen het niet-nakomen van de informatieplicht en de schade van de patiënt, wanneer deze, hetzij uit eigen wetenschap, hetzij ten gevolge van de voorlichting door een andere arts, de risico's van de ingreep kende. De behandelende arts handelt dan wel foutief door er zich niet van te vergewissen of de patiënt alle relevante risico's kent; maar deze fout heeft geen invloed op de instemming van de patiënt.

Dit vormt een bijkomende argument tegen de eerder geschetste stelling van Dalcq. *In casu* werd tussen de behandelende arts en de patiënt zeker geen overeenkomst gesloten over de verdeling van de risico's; en toch lijkt het nauwelijks aanvaardbaar de behandelende arts met de onvermijdelijke risico's te belasten, alleen omdat hij zijn informatieplicht niet (correct) heeft vervuld.

50. Op het gebied van het bewijs van het oorzakelijk verband tussen de gebrekkige voorlichting van de patiënt en diens schade bevat het wetsvoorstel Hancké een regeling.

Naar luid van artikel 8, eerste lid, is de arts gehouden de schade te vergoeden die voortvloeit uit een medische behandeling waarvoor geen weloverwogen toestemming is verkregen, tenzij hij aantoonde dat de patiënt de toestemming, ware deze gevraagd, zou hebben gegeven.

Deze bewijslastverdeling is niet onredelijk, omdat, zoals betoogd, de instemming van de patiënt met een therapeutisch noodzakelijke ingreep kan worden vermoed (zie nr. 42).

In het wetsvoorstel wordt echter ook strafbaar gesteld, overeenkomstig artikel 418 Sw., de geneesheer die een medische handeling uitvoert zonder daarvoor de volgens deze wet vereiste toestemming te hebben gekregen (artikel 8, tweede lid), d.w.z., denk ik althans, zonder dat de patiënt behoorlijk werd voorgelicht<sup>92</sup>.

<sup>92</sup> Een medische ingreep zonder instemming van de patiënt maakt nochtans, *stricto iure*, het door art. 392 Sw. bedoeld misdrijf uit (opzettelijke slagen en verwondingen), hoe therapeutisch verantwoord hij ook moge zijn; voor het misdrijf van art. 392 Sw.

<sup>89</sup> Vgl. R.L.M. WIJSHOFF-VOGELZANG, *op. cit.*, 52.

<sup>90</sup> Parijs, 7 maart 1952, *J.C.P.*, 1952, 7210, met noot J. CARBONNIER; Cass. fr., 28 december 1954, *D.*, 1955, 249, met noot R. SAVATIER.

<sup>91</sup> «L'intérêt du malade est le grand principe purificateur. De là vient que le médecin qui a guéri est justifié d'avoir menti: il apporte la meilleure démonstration que son mensonge répondait à l'intérêt bien compris de son client» (J. CARBONNIER, *gecit. noot*). In dezelfde zin: A. DECOCQ, *op. cit.*, 368-377, nrs. 514-521.

Werd de instemming derhalve niet verkregen na een voldoende voorlichting van de patiënt, dan zou de arts zich schuldig maken aan onopzettelijk toebrengen van slagen en verwondingen. Artikel 418 Sw. onderstelt evenwel dat de fout de oorzaak is van het letsel.

Er schijnt dus een zekere tegenstrijdigheid te bestaan tussen het eerste en het tweede lid van artikel 8. In het eerste lid wordt de onvoldoende voorlichting van de patiënt impliciet maar noodzakelijk beschouwd als oorzakelijk voor de schade van de patiënt, zonder mogelijkheid om het tegenbewijs te leveren, terwijl de arts dit tegenbewijs wel mag levereren op civielrechtelijk gebied. Men blijkt dus uit het oog te zijn verloren dat, indien de arts het tegenbewijs levert op civielrechtelijk gebied, ook de strafrechtelijke kwalificatie vervalt. Tenzij de strafbaarstelling enkel de

volstaat immers het algemeen opzet: wetens en willens; het motief is onverschillig (J. CONSTANT, *Traité de droit pénal*, 519, nr. 460; X. DIJON, *op. cit.*, 372-375; Corr. Brussel, 27 september 1969, *Pas.*, 1969, III, 115, *R.G.A.R.*, 1970, 8362, *J.T.*, 1969, 635). De — schaarse — rechtspraak opteert echter doorgaans voor de elastische «onopzettelijke slagen en verwondingen» (gecit. bij Dijon, *op. cit.*, 376, noot 29; Cass. fr., 17 november 1969, *J.C.P.*, 1970, 16507, met noot R. SAVATIER).

medische ingreep zou beogen, uitgevoerd *zonder* de instemming van de patiënt.

51. De gehele discussie over de instemming van de patiënt en de informatieplicht van de arts lijkt me enigszins ontaard. De informatieplicht van de arts waardoor de patiënt in staat moet worden gesteld om, desgewenst, zelf te beslissen over de risico's die hij op medisch vlak wil nemen, is verworpen tot een middel om een arts aan wie men geen behandelingsfout kan verwijten, toch aansprakelijk te stellen. En om dit resultaat te bereiken voert men de praktische noodzaak in om de instemming en de informatie schriftelijk vast te leggen, hetgeen de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt toch ernstig zal ondermijnen.

Is het niet meer aangewezen, gelet op de bewijsnood waarin de patiënt zich meestal bevindt, op de arts een soort onweerlegbaar vermoeden van aansprakelijkheid te leggen, waartegen deze zich desgewenst kan verzekeren?

Op die manier zullen geen patiënten meer in de kou komen te staan, en zal de vertrouwensrelatie niet worden ondermijnd. De informatieplicht van de arts zal opnieuw zijn ware betekenis krijgen, terwijl bij bewezen fouten een strafrechtelijke sanctie kan worden opgelegd.

Marc VAN QUICKENBORNE  
Hoogleraar Universiteit Antwerpen (U.I.A.)

## RECHTSPRAAK

### ARBITRAGEHOF

VOLTALLIGE ZITTING — 29 JANUARI 1987

Voorzitter: de h. Delva

Advocaten: mrs. Engels, Overbeeke, Pockelé-Dillis, Peeters, Mertens, Van Orshoven en Orban de Xivry

**Arbitragehof — Prejudiciële vraag — Wraking — Toepasselijkheid art. 6 EVRM — Onpartijdigheid.**

*De in art. 84 van de wet van 28 juni 1983 op het Arbitragehof bedoelde wrakingsgronden zijn limitatief opgesomd in de artt. 828 en 830 Ger. W., en moeten restrictief worden geïnterpreteerd.*

*Op een voor het Arbitragehof aanhangige prejudiciële procedure over geschillen over burgerlijke rechten en plichten of over de gegrondheid van een ingestelde strafvervolgung, is art. 6 EVRM slechts indirect toepasselijk, met name voor de redelijke termijn van de procedure berekend over alle instanties van rechtsingang.*

*Vroegere deelname aan de parlementaire beraadslaging over een aangevochten wet of decreet doet op zichzelf geen afbreuk aan de (objectieve) onpartijdigheid van de rechters van het Arbitragehof, noch in het licht van art. 6 EVRM, noch op grond van de algemene rechtsbeginselen; het is evenmin een grond tot wraking.*

### Arrest

(...)

III. In rechte

Drie van de voor het verwijzend rechtscollege rechtstreeks gedaagden wraken de heren rechters De Greve, Blanckaert en Boel wegens hun deelneming aan de bespreking en de stemming over het decreet, bedoeld in de prejudiciële vraag, op een tijdstip waarop zij, voor de oprichting van het Arbitragehof, alle drie parlementsleden en leden van de Vlaamse Raad waren.

(...)

B. Wat betreft de wettelijke grondslag van de wraking

Het Hof, waarbij een verzoek tot wraking aanhangig is gemaakt, moet eerst in rechte beslissen of de wrakende partij een grond laat gelden die de wet erkent. Slechts voor zover op deze vraag bevestigend kan worden geantwoord moet worden nagegaan of de aangevoerde feiten al dan niet bewezen zijn.

(i) Artikel 84 van de organieke wet

1. Artikel 84 van de organieke wet van 28 juni 1983 bepaalt de redenen waarom de leden van het Hof individueel kunnen worden gewraakt door uitdrukkelijke en uitsluitende verwijzing naar de bewoordingen van «de artikelen 828 en 830 van het Gerechdelijk Wetboek».

De wrakende partijen, die voor de rechtspleging naar artikel 85 van de organieke wet verwijzen, beroepen zich

noch op artikel 84 van die wet, noch op de artikelen 828 en 830 van het Gerechtelijk Wetboek ter verantwoording van de wrakingsgrond die zij formuleren.

Die grond komt immers niet voor in de opsomming van de artikelen 828 en 830.

Rechtsleer en rechtspraak zijn unaniem om de door de wet opgesomde wrakingsgronden strikt te interpreteren: men mag die niet uitbreiden noch er iets aan toevoegen. Aldus kan een magistraat niet worden gewraakt vanwege meningen die hij heeft uitgedrukt in werken die hij als rechtsgeleerde heeft gepubliceerd, of omdat hij, in andere zaken, reeds beslissingen heeft gewezen die indruisen tegen de aanspraken van een van de partijen.

2. De wrakingsgronden bepaald bij artikel 84 van de organieke wet van 28 juni 1983 wettigen dus niet de wraking van een rechter op grond dat hij, voor hij rechter was, als parlementslid zou hebben deelgenomen aan de besluitvorming die tot de afkondiging van een wet of een decreet heeft geleid waarvan hij daarna de overeenstemming met sommige grondwetsbepalingen moet beoordelen.

Die wrakingsgrond is trouwens uitdrukkelijk uitgesloten door de wetgever, wiens wil blijkt zowel uit de parlementaire voorbereiding van de organieke wet als uit de bepalingen ervan die de regels voor de samenstelling van de zetels vaststellen.

3. De wrakingen vinden derhalve geen steun in artikel 84 van de organieke wet van 28 juni 1983.

(ii) *Artikel 6, § 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (hierna E.V.R.M. genoemd)*

1. Wanneer bij het Hof een prejudiciële vraag aanhangig is gemaakt, moet het Hof oordelen of zekere bepalingen van wetgevende aard, die het verwijzend rechtscollege aanhaalt, al dan niet in overeenstemming zijn met de regels waarbij de respectieve bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten zijn bepaald.

2. De verzoekers zijn van oordeel dat het arrest waarbij het Arbitragehof deze prejudiciële vraag zal beantwoorden, mede bepalend zal zijn voor de uitspraak van de verwijzende rechter, wanneer deze uitspraak zal moeten doen over de gegrondheid van de strafvervolgning en over het geschil met betrekking tot de burgerlijke rechten en verplichtingen dat bij hem aanhangig is gemaakt. Derhalve stellen de verzoekers, enerzijds, dat artikel 6, § 1, van het E.V.R.M. van toepassing is op het Arbitragehof, en, anderzijds, dat de aanwezigheid in zijn midden van rechters die, voor hun benoeming tot lid van het Hof, in hun hoedanigheid van lid van de Vlaamse Raad hebben deelgenomen aan de besluitvorming betreffende het decreet waarnaar de verwijzende rechter refereert, de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van het Hof in het licht van artikel 6, § 1, van het E.V.R.M. in het geding zou brengen.

3. Bij de behandeling van de vraag naar de toepasselijkheid van artikel 6, § 1, van het E.V.R.M. op het Arbitragehof, moet vooraf het statuut en de functie van dat Hof bondig worden toegelicht.

4. (...)

Uit de redactie van de artikelen 1 en 15 van de organieke wet van 28 juni 1983 vloeit voort dat de bevoegdheid van het Arbitragehof is beperkt tot de toetsing van de inachtneming van de grondwettelijke regels of de krachtens de Grondwet vastgestelde regels voor het bepalen van de be-

voegdheid van elk van de nationale, communautaire of regionale wetgevers.

Het feit dat de wet de partijen voor het verwijzend rechtscollege toestaat hun standpunt voor het Hof weer te geven — maar dan uitsluitend met betrekking tot de respectieve bevoegdheden van de wetgevers —, belet niet dat dit Hof geen andere gesprekspartner heeft dan het rechtscollege dat de prejudiciële vraag stelt en dat zich zal moeten voegen naar het daarop door het Arbitragehof gegeven antwoord.

Wat de prejudiciële vragen betreft, heeft het Arbitragehof derhalve tot enige taak — zonder van het concrete geschil voor het verwijzend rechtscollege kennis te nemen — aan het rechtscollege te zeggen of de wet of het decreet die in de vraag is vermeld, en die op dat concrete geschil kan worden toegepast, al dan niet een bevoegdheidsschending door een of andere wetgever inhoudt.

(...)

6. Volgens de verzoekers zou artikel 6, § 1, van het E.V.R.M., dat rechtstreekse werking heeft in de interne Belgische rechtsorde, op het Arbitragehof van toepassing zijn. Zij verwijzen inzonderheid naar arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens waarin de toepasselijkheid van die bepaling op de Hoven van Cassatie is vastgesteld, met name naar het arrest Delcourt van 17 januari 1970 (serie A, nr. 11, § 25), dat betrekking heeft op het Belgische Hof van Cassatie.

Er dient op te worden gewezen, dat het statuut en de functie van het Arbitragehof verschillen van die van het Hof van Cassatie.

Volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft een arrest van het Hof van Cassatie een directe weerslag op het lot van de partijen in het geding dat beslecht wordt door de beslissing waartegen het cassatieberoep is gericht. Aldus krijgt in strafzaken, «indien het opperste Hof de voorziening verwerpt, de vrijspraak of de veroordeling een definitief karakter. Indien het op de voorziening ingaat, zonder de verwijzing te gelasten, bijvoorbeeld omdat de wet het feit dat tot veroordeling aanleiding gaf niet strafbaar stelt (...), maakt het Hof krachtens zijn eigen beslissing een einde aan de rechtsvolgning» (vertaling) (voormeld arrest Delcourt, § 25).

Het is bijgevolg begrijpelijk dat artikel 6, § 1, van het E.V.R.M. door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens op het Hof van Cassatie toepasselijk is geacht.

7. Anders is de toestand van het Arbitragehof. Wanneer een prejudiciële vraag is voorgelegd, beperkt het Arbitragehof zich tot het beantwoorden van een abstracte vraag die losstaat van de feiten van de zaak waarvan het verwijzend rechtscollege kennis neemt. Het gaat om de vraag betreffende een eventuele schending van de grondwettelijke bevoegdheidsbepalende regels door normen welke op die feiten toepassing kunnen vinden.

Het geschil dat de verwijzende rechter dient te beslechten en dat verband houdt met de gegrondheid van een strafvervolgning of het vaststellen van de burgerlijke rechten en verplichtingen, vormt geenszins het onderwerp van het geschil dat aan het Arbitragehof is voorgelegd.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft met betrekking tot een geschil over burgerlijke rechten en verplichtingen gepreciseerd, dat «voor artikel 6, § 1, een zwakke band noch een verre weerslag volstaan: een recht

moet het onderwerp — of een van de onderwerpen — zijn van het 'geschil'» (arrest Albert en Le Compte van 1 februari 1983, serie A, vol. nr. 87, § 28, citerend het arrest Le Compte, Van Leuven en De Meyere van 23 juni 1981, serie A, vol. nr. 43, § 47).

In dat opzicht moet worden vastgesteld dat gelet op de specifieke taak van het Arbitragehof, voor dat Hof noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks ter discussie staan het beoordelen van de gegrondheid van de strafvervolgning of het vaststellen van de burgerlijke rechten en verplichtingen die het onderwerp zijn van het geschil waaromtrent de prejudiciële vraag is gesteld.

8. Nu de taak van dat Hof bestaat in het beoordelen of de wets- of de decreetsnormen in overeenstemming zijn met de grondwettelijke regels tot vaststelling van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten, moet het Arbitragehof worden beschouwd als een grondwettelijk hof met beperkte bevoegdheid.

Bij het beslechten van het tussengeschied dat bij het Hof is aanhangig gemaakt is het derhalve aangewezen de rechtspraak in aanmerking te nemen van het Europees Hof en de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens betreffende de grondwettelijke hoven en de toepassing van artikel 6, § 1, van het E.V.R.M. op die hoven.

Uit twee arresten van het Hof waarin een vaste rechtspraak van de Commissie bevestiging vindt, blijkt dat artikel 6, § 1, van het E.V.R.M. als zodanig niet rechtstreeks toepasselijk is op de grondwettelijke hoven.

Immers, in weerwil van de weerslag die de beslissingen van de grondwettelijke hoven kunnen hebben op het geschil dat onder artikel 6, § 1, van het E.V.R.M. valt en waaromtrent ze moeten tussenkomen, zulks telkens naargelang van de eigenheid van de grondwettelijke systemen van de bij de Raad van Europa aangesloten lid-staten die zulke rechtscolleges bezitten, hebben de instanties te Straatsburg geconstateerd, dat de grondwettigheidstoetsing losstaat zowel van het beoordelen van de gegrondheid van een strafvervolgning als van het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen.

In haar beslissing van 13 december 1979 over het verzoek nr. 8410/78 (*Décisions et Rapports*, 18, 216), heeft de Commissie erop gewezen, dat het Grondwettelijk Hof van de Duitse Bondsrepubliek niet geroepen was om op grond van het geldende positief recht een geschil te beslechten met betrekking tot rechten van privaatrechtelijke aard. Zulk een Hof houdt zich slechts met grondwettelijke rechten bezig en beslecht uitsluitend geschillen betreffende de verenigbaarheid van overheidshandelingen met de Grondwet. Die overwegingen hebben de Commissie ertoe gebracht haar vroegere rechtspraak te bevestigen, volgens welke een beroep op een grondwettelijk rechtscollege buiten artikel 6, § 1, van het E.V.R.M. valt.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens was in zijn arrest Buchholz van 6 mei 1981 (serie A, vol. 42, § 47, 48) van oordeel dat het beroep dat verzoeker bij het Grondwettelijk Hof van de Duitse Bondsrepubliek had ingesteld en waarbij de duur van de gerechtelijke procedure tegen zijn werkgever in het geding was gebracht «geen betrekking had op het recht dat eerstgenoemde tegen laatstgenoemde had opgeëist» en dat «het geschil tussen de heer M. Buchholz en zijn werkgever voor de arbeidsgerechten niet ter kennisneming stond van het Grondwettelijk Hof» (verta-

ling) (in dezelfde zin, Rapport van de Commissie van 14 mei 1980 in deze zaak, serie B, vol. 37, § 94).

Evenzo heeft het Hof, in zijn arrest Sramek van 22 oktober 1984 (serie A, vol. nr. 84, § 35), doen opmerken dat het aan het Oostenrijkse Grondwettelijk Hof niet toekwam «uitspraak te doen over het bodemgeschil zelf» (vertaling) tussen mevrouw Sramek en de Oostenrijkse autoriteiten betreffende de verwerving van een onroerend goed, maar «slechts over de bestaanbaarheid (van een beslissing van een regionale overheid) met de grondwetten» (vertaling). Derhalve was er geen aanleiding om met betrekking tot dat Hof te beoordelen of betreffende dat geschil aan de vereisten van artikel 6, § 1, van het E.V.R.M. was voldaan (in dezelfde zin, Rapport van de Commissie van 8 december 1982 in dezelfde zaak, § 68).

Met verwijzing naar voormeld arrest van het Hof heeft de Commissie dit standpunt bevestigd in haar rapport van 3 juli 1985 over het verzoek nr. 9273/81 (Ettl en anderen tegen Oostenrijk, § 80), betreffende de overeenstemming van de inzake ruilverkaveling geldende Oostenrijkse rechtsprocedures met artikel 6, § 1, van het E.V.R.M. Zij was van oordeel, dat de toetsing van het Grondwettelijk Hof «geen beslissing inhoudt (inhield) over betwistingen betreffende burgerlijke rechten in de zin van artikel 6, § 1, van het Verdrag, en derhalve buiten die bepaling viel (valt)» (vertaling).

Wat het door het Europees Hof op 29 mei 1986 gewezen arrest Deumeland betreft (serie A, vol. nr. 100), geven de indieners van de verzoekschriften, waarbij de overeenstemming van de samenstelling van het Arbitragehof in onderhavige zaak met de vereisten van artikel 6, § 1, van het E.V.R.M. wordt betwist, aan § 77 van bedoeld arrest een draagwijdte die het niet heeft.

De vraag was immers gerezen, of de duur van de rechtspleging, die de heer Deumeland inzake sociale zekerheid had ingesteld, de door artikel 6, § 1, van het E.V.R.M. opgelegde redelijke termijn niet had overschreden. Ten deze was het Europees Hof, op grond van de overweging dat het beroep, dat bij het Federale Grondwettelijk Hof tegen het arrest van het Federale Sociaal Hof was ingesteld, wegens niet-naleving door dit laatste van de grondwettelijke rechten van verzoeker, gevolgen kon hebben voor de oplossing van het geschil, van oordeel dat de duur van de rechtspleging voor het Grondwettelijk Hof moest worden opgenomen in de berekening van de in aanmerking te nemen periode in het licht van het door artikel 6, § 1, van het E.V.R.M. opgelegde vereiste inzake redelijke termijn. Het Europees Hof heeft niettemin bevestigd dat het niet aan het Grondwettelijk Hof staat uitspraak te doen over het bodemgeschil.

9. Ten deze vond artikel 6, § 1, van het E.V.R.M. slechts onrechtstreeks toepassing op het geding voor het Federale Grondwettelijk Hof.

Datzelfde zou gelden voor het Arbitragehof. Immers, het vereiste van de redelijke termijn is bindend voor de in zijn geheel als internationaalrechtelijk subject beschouwde Staat; bijgevolg kan, in dat opzicht, iedere openbare overheid of instantie die rechtstreeks of onrechtstreeks in de behandeling van een strafzaak of een burgerlijke zaak moet tussenkomen, de verantwoordelijkheid van de desbetreffende Staat ten aanzien van het E.V.R.M. in het geding brengen.

Indien een Staat voorziet dat bij gelegenheid van een geschil dat betrekking heeft op burgerlijke rechten of verplichtingen of van een geschil betreffende een strafvervolgung, de eigenlijke behandeling van dat geschil wordt geschorst of verlengd door tussenkomst van een Grondwettelijk Hof dat uitspraak doet, niet op het bodemgeschil, maar op vragen van grondwettelijk recht die omtrent dat geschil zijn gesteld, komt het aan die Staat toe erover te waken dat door de periode tijdens welke die vragen door het bevoegde orgaan zullen worden behandeld, de termijn waarbinnen het bodemgeschil zal worden beslecht, niet ten onrechte verlengd wordt. In een dergelijk geval heeft die Staat tot plicht de particulier de redelijke termijn te laten genieten waarop hij recht heeft bij de behandeling van het geschil dat hem aanbelangt.

Hoewel artikel 6, § 1, van het E.V.R.M. niet als zodanig voor het Arbitragehof als rechtscollege geldt, omdat dit Hof hoe dan ook geen uitspraak doet over de gegrondheid van een strafvervolgung of het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen, telt aldus de periode tijdens welke het Hof zijn taak vervult met betrekking tot een prejudiciële vraag mee in de berekening van de volgens artikel 6, § 1, van het E.V.R.M. in aanmerking te nemen termijn. Immers, door de tussenkomst van het Arbitragehof wordt noodzakelijk het tijdstip uitgesteld waarop definitief uitspraak zal kunnen worden gedaan over het geschil dat aanleiding gaf tot de bij het Hof aanhangige prejudiciële vraag.

Het is dan ook in overeenstemming met artikel 6, § 1, van het E.V.R.M. te overwegen, of de tijd die het Arbitragehof over de behandeling van het dossier heeft gedaan, met inachtneming van het eigen karakter van ieder geval, adequaat is verantwoord.

10. In prejudiciële zaken bestaat de taak van het Arbitragehof evenmin als die van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in het beslechten van het geschil dat aanleiding gaf tot de prejudiciële vraag, noch in het beslissen over de toepasselijkheid van de normen die in 's Hof's arrest eventueel in overeenstemming worden geacht met de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling op de feitelijke toedracht van de zaak.

Dit bevestigt dat, noch rechtstreeks, noch zelfs onrechtstreeks, bij het Arbitragehof het geschil aanhangig is gemaakt dat eventueel valt onder artikel 6, § 1, van het E.V.R.M. en dat de verwijzende rechter ter beslechting staat.

Voor het Arbitragehof wordt slechts een abstracte vraag aangebracht, die volledig kan worden losgemaakt van het concrete geschil waarvan die rechter kennis neemt.

In dat opzicht is het niet zonder belang op te merken dat het Arbitragehof, overeenkomstig zijn eigen bevoegdheid en conform de bepalingen van artikel 15 van de organieke wet van 28 juni 1983, evenals het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, geroepen is tot het «herformuleren» van de prejudiciële vragen die door de verwijzende rechter onjuist zijn gesteld, met name wanneer die het Hof vraagt welke wettelijke norm hij moet toepassen op het hem voorgelegde geschil of, voorts, hoe dat geschil te regelen. Zulk een «herformulering» heeft overigens in onderhavige zaak plaatsgehad.

11. Ten slotte zij opgemerkt dat de leden van het Hof die, als leden van de Vlaamse Raad, die het decreet heeft

aangenomen dat ter beoordeling aan het Hof is voorgelegd, over dat decreet hebben gestemd, zodoende op generlei wijze kennis hebben genomen van het concrete geschil dat aanleiding heeft gegeven tot onderhavige prejudiciële vraag. Hun positie is dus hoegenaamd niet vergelijkbaar of gelijk te stellen met die van magistraten wier optreden door de arresten Piersack van 1 oktober 1982 (serie A, nr. 53) en De Cubber van 26 oktober 1984 (serie A, nr. 86) van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aan artikel 6, § 1, van het E.V.R.M. werd getoetst, doordat ze in twee verschillende hoedanigheden achtereenvolgens van een en dezelfde zaak kennis hadden genomen.

12. Tot besluit geldt, dat artikel 6, § 1, van het E.V.R.M. niet rechtstreeks toepasselijk is voor het Arbitragehof, beschouwd als rechtscollege dat er uitsluitend toe geroepen is uitspraak te doen over de overeenstemming van wetten en decreten met de door of krachtens de Grondwet vastgestelde bevoegdheidsregels. Derhalve kunnen de verzoekers zich niet op rechtsgeldige wijze op die bepaling beroepen.

### (iii) *De algemene rechtsbeginselen*

1. Verzoekers voeren voorts de regel van artikel 6, § 1, van het E.V.R.M. aan bij wijze van algemeen rechtsbeginsel, zelfs van toepassing zijnde op procedures en rechtscolleges waarvoor de bepalingen van artikel 6, § 1, als zodanig niet rechtstreeks mochten gelden.

Het Hof van Cassatie heeft immers vastgesteld dat deze regel, volgens welke elke rechter onafhankelijk en onpartijdig behoort te zijn, een algemeen beginsel naar Belgisch recht is.

2. Het zij evenwel beklemtoond, dat de regel van artikel 6, § 1, ook al mocht hij als algemeen rechtsbeginsel op de procedure voor het Arbitragehof van toepassing zijn, de door verzoekers voorgestelde wraking niet zou verantwoorden.

Het feit van als parlements lid te hebben deelgenomen aan de besluitvorming die tot de afkondiging van een decreet heeft geleid, en vervolgens, als gewezen parlements lid, in de hoedanigheid van grondwettelijk rechter te moeten oordelen over de overeenstemming van dat decreet met de bevoegdheidsregels, is geenszins te vergelijken of gelijk te stellen met het feit tweemaal als magistraat, in een verschillende hoedanigheid, in de behandeling van een zelfde zaak te zijn tussengekomen.

Meer algemeen tast het feit dat in het openbaar — in welke hoedanigheid dan ook, maar zonder enig verband met de feiten of de beoogde procedure — voordien stelling werd genomen over een rechtsvraag die in deze procedure opnieuw rijst, de onafhankelijkheid of de onpartijdigheid van de rechter niet aan. Anders beslissen zou betekenen, dat een rechter geen kennis zou mogen nemen van een zaak waarin een rechtsvraag is gerezen die hij reeds vroeger in andere zaken heeft beslecht.

3. Ten slotte zij eraan herinnerd, dat het beroep op een algemeen rechtsbeginsel de rechter er niet van ontslaat, de geschreven wet toe te passen die een bepaalde materie regelt. Ten deze regelen de bepalingen van de organieke wet van 28 juni 1983 de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het Arbitragehof op de zeer nauwkeurige wijze die de wetgever heeft gewild.

*Om die redenen,  
Het Hof,*

Verklaart de verzoeken tot wraking ontvankelijk; zegt voor recht dat het bezwaar afgeleid uit het deelnemen van drie rechters aan de bespreking en de stemming betreffende het door de prejudiciële vraag beoogde decreet, noch naar luid van artikel 84 van de organieke wet van 28 juni 1983, noch krachtens artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden, noch ingevolge de algemene rechtsbeginselen, een rechtsgeldige grond tot wraking is; verwerpt de verzoeken tot wraking.

**NOOT—De oud-politicus als onpartijdige rechter in het Arbitragehof?**

1. Opggericht door de wet van 28 juni 1983 houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof (*B.S.*, 8 juli 1984) (verder aangeduid als *Organieke Wet*), werd het Arbitragehof op 1 oktober 1984 plechtig geïnstalleerd. Vanaf januari 1985 vatte het Hof zijn werkzaamheden aan.

Het Hof heeft tot taak te waken over de naleving door de nationale, communautaire en regionale wetgever van de in de Grondwet en de Bijzondere Wet van 8 augustus 1980 tot hervorming van de Instellingen (*B.S.*, 15 augustus 1980) opgenomen (materiële en territoriale) bevoegdheidsverdeling. Zo kan het gezien worden als de (voorlopige) sluitsteen van de staatshervorming.

De politiek geladen taak van het Arbitragehof is weerspiegeld in zijn samenstelling, die het resultaat is van een dubbele evenwichtsoefening: naast taalparitair, moet het Hof krachtens art. 21-22 Organieke Wet in beide taalgroepen voor de helft samengesteld zijn uit professionele juristen, voor de andere helft uit oud-politici. Art. 49 Organieke Wet waarborgt verder dat in de zetel uit beide categorieën telkens minstens twee leden zitting hebben (voor de samenstelling van het Arbitragehof, zie verder bij Velaers, J., *Het Arbitragehof*, Antwerpen, Maklu, 1985, nrs. 170-186 en 208-216).

Het Parlement stond vrijwel unaniem achter de aanwezigheid van oud-politici in dit rechtscollege: ze vermindert het gevaar voor een «gouvernement de juges» en ze laat de wetgever toe zijn traditioneel privilege van toetsing van de wet aan de Grondwet enigszins te handhaven. In de doctrine stuitte hun aanwezigheid echter op verzet: men zag het als een aanslag op de scheiding der machten en als een uiting van wantrouwen tegenover de rechter (zie Delpérée, F. en Rasson-Roland, A., «En route pour la Cour d'Arbitrage», *Adm. Publ. (T.)*, 1982, (226), p. 234-236, nr. 14; Dumon, F., «Quo Vadimus?», *R.W.*, 1980-81, (889), 909-914; Velaers, J., *o.c.*, nr. 176; Velu, J. en Vanwelkenhuyzen, A., «Le contrôle de la conformité des normes ayant force de loi aux règles redistribuant le pouvoir législatif», *Adm. Publ. (T.)*, 1980, (93), p. 134-135, nr. 116; genuanc. Quertainmont, Ph. en Uyttendaele, M., «Une année de fonctionnement de la Cour d'Arbitrage», *Adm. Publ. (T.)*, 1986, (46), nr. 18, p. 55).

Vele commentatoren (Delpérée, F. en Rasson-Roland, A., *l.c.*, nr. 15, p. 237; Quertainmont, Ph. en Uyttendaele, M., *l.c.*, nr. 18, p. 55, voetnoot 57; Rimanque, K., «Een

jaar rechtspraak van het Arbitragehof (april 1985 - maart 1986)», *R.W.*, 1985-86, (2875), 2877-2878; Velaers, J., *o.c.*, nrs. 177 en 275; Velu, J. en Vanwelkenhuyzen, A., *l.c.*, nr. 103, p. 128) wezen op het probleem van de onpartijdigheid in hoofde van de rechters-politici. Doet hun vroegere betrokkenheid (als lid van het nationale Parlement of van de Gewest- of Gemeenschapsraad) bij de politieke besluitvorming over een wet of een decreet bij de rechtszoekende geen redelijke twijfel ontstaan over hun (objectieve) onpartijdigheid bij het beoordelen van die wet of dat decreet in het Arbitragehof? Is de wettelijk geregelde samenstelling van het Hof daarom niet onverenigbaar met art. 6 EVRM?

Deze voor de verdere samenstelling van een procedure voor het Arbitragehof belangrijke vraag krijgt in het in de «Afstoffen» — zaak (rolnummer 36) op 29 januari 1987 gewezen tussenarrest (nummer 32) een duidelijk — en negatief — antwoord.

2. In drie tussenarresten gewezen in de zaken nrs. 7, 10 en 11 (Arbitragehof, 25 oktober 1985, *R.W.*, 1985-86, 1061, noot en *J.T.*, 1986, 221, noot Dehousse, F.) werd door het Arbitragehof reeds een ander samenstellingsprobleem beslecht. Het Hof besliste dat voor elke zaak de zetel definitief is samengesteld volgens de datum van de inschrijving op de rol — zonder dat de samenstelling ervan (met name de taalmeerderheid) voor elk op 1 september nog aanhangig geschil moet worden veranderd — en dat in de voltallige zitting de doorslaggevende stem berust bij de voorzitter op dat moment in functie, niet bij de voorzitter in functie bij de inschrijving op de rol.

Deze regeling van een ter zake van de inrichting en samenstelling van het Arbitragehof in de praktijk opgeworpen vraag, beantwoorde volgens het Hof aan de eisen van de behoorlijke rechtsbedeling.

Aan deze stellingname gaat de principiële vraag vooraf of art. 6 EVRM op de voor het Arbitragehof gevoerde (prejudiciële) procedure toepasselijk is. In de op 25 oktober 1985 gewezen tussenarresten liet het Hof dit nog in het midden; in het arrest van 29 januari 1987 werd uitdrukkelijk negatief geantwoord. (Voor een eerste — kritische — bespreking van dit arrest, zie ook het proefschrift van P. Lemmens dat op 1 april 1987 aan de K.U.Leuven werd verdedigd: Lemmens, P., «*Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen*». *Het toepassingsgebied van de artikelen 6, lid 1, van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens en 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten, Doctoraatsproefschrift*, K.U.Leuven, onuitg., 1987, nrs. 83-88.)

3. De aanleiding tot dit tussenarrest is de volgende. Op 2 juli 1981 keurt de Vlaamse Raad het decreet houdende het beheer van afvalstoffen (*B.S.*, 15 juli 1981) goed. De heren Blanckaert, Boel en De Grève waren toen nog lid van de Vlaamse Raad en namen aan de beraadslagingen deel. In 1984 worden Blanckaert en De Grève benoemd tot (Nederlandstalige) rechters-politici in het Arbitragehof; in 1986 vervangt Boel rechter Calewaert die de leeftijdsgrens bereikte, als (Nederlandstalig) rechter-politicus.

Intussen begint de OVAM voor de Correctionele Rechterbank van Antwerpen een strafprocedure tegen een Antwerpse vennootschap en drie van haar bestuurders wegens overtreding van dit afvalstoffendecreet. Beklaagden beroepen zich echter op de ongrondwettigheid — en dus de niet-

toepasselijkheid — van dit decreet. Overeenkomstig art. 15 Organieke Wet stelt de rechter op 27 juni 1986 daarover een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof.

Geherformuleerd, zou deze vraag door het Hof op 23 december 1986 in voltallige zitting worden behandeld.

Respectievelijk op 19 en 23 december vragen verweerders in het bodemgeschil de wraking van de rechters Blanckaert, Boel en De Grève: zij zouden zich vroeger als politicus reeds hebben uitgesproken over de grondwettigheid van dat decreet. Hun aanwezigheid in het Hof is daarom volgens verzoekers in strijd met art. 84 Organieke Wet, met art. 6 EVRM en met de algemene rechtsbeginselen.

4. In zijn arrest van 29 januari 1987 wees het Arbitragehof dit verzoek tot wraking af, omdat:

— art. 84 Organieke Wet enkel verwijst naar de in artt. 828 en 830 Ger. W. opgesomde wrakingsgronden, en vroegere politieke betrokkenheid van een rechter bij de aangevochten norm daaronder niet voorkomt;

— art. 6 EVRM als zodanig direct, noch indirect toepasselijk is op de voor het Arbitragehof aanhangige prejudiciële procedure;

— de algemene rechtsbeginselen niet vermogen in te gaan tegen een uitdrukkelijke wettekst;

— vroegere politieke betrokkenheid van een rechter bij de besluitvorming over een norm over de (beperkte) grondwettigheid waarvan hij nu moet oordelen, het algemeen rechtsbeginsel van de onafhankelijke en onpartijdige rechter niet schendt.

Wellicht ging het Arbitragehof in dit arrest zo ver uit vrees dat een ander oordeel zijn verdere werking praktisch zou verlammen. Indien het Hof art. 6 EVRM (of de algemene rechtsbeginselen) hier geschonden zou achten, zou het telkens met soortgelijke verzoeken tot wraking van verschillende rechters-politici worden geconfronteerd. Daardoor zou de samenstelling van de zetel en zeker van de voltallige zitting van het Hof in vele gevallen onmogelijk worden zonder in te gaan tegen de in de Organieke Wet ter zake opgenomen (taalkundige en professionele) evenwichten (cf. Rimanque, K., *l.c.*, 2878).

Diende het Arbitragehof echter zo ver te gaan? Is de voor de uitspraak gegeven motivering juridisch houdbaar?

5. *Is vroegere politieke betrokkenheid van een rechter van het Arbitragehof bij een aangevochten wet of decreet krachtens art. 84 Organieke Wet een reden om hem te wraken?*

Terecht beantwoordt het Arbitragehof deze vraag negatief. Art. 84 Organieke Wet verwijst immers naar de in artt. 828 en 830 Ger. W. opgesomde gronden tot wraking. Volgens rechtspraak en rechtsleer (Cass., 20 augustus 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1186; Fettweis, A., *Manuel de Procédure civile*, Luik, Fac. Dr. Ec. Sc. Soc. Liège, 1985, nr. 605) is deze opsomming limitatief en moeten de wrakingsgronden strikt worden geïnterpreteerd: er mag niets worden toegevoegd of weggelaten. Het Arbitragehof sluit zich hierbij aan en moet dan ook vaststellen dat politieke betrokkenheid van een rechter niet onder deze gronden tot wraking voorkomt.

Zoals het Hof stelt, werd deze betrokkenheid bij de voorbereiding van de Organieke Wet door de wetgever uitdrukkelijk uitgesloten als wrakingsgrond.

In zijn advies bij wetsontwerp nr. 704 (*Parl. St.*, Senaat, 1980-81, nr. 704/1, 63) wees de Raad van State erop dat

«als grond tot wraking van een lid van het Arbitragehof zal vermoedelijk worden aangevoerd dat het lid, toen over de betwiste norm werd gestemd, lid was van de vergadering die de norm heeft gegeven. Deze wrakingsgrond kan (...) ernstige moeilijkheden opleveren». Vermoedelijk om dit te voorkomen, nam de Raad van State in het voorontwerp van wet tot regeling van de rechtspleging (*Parl. St.*, Senaat, 1981-82, nr. 246/2, 283) in art. 36 de bepaling op dat leden van het Arbitragehof in dergelijk geval geen kennis mochten nemen van de zaak.

Deze bepaling werd echter niet in de Organieke Wet opgenomen. Integendeel, in de memorie van toelichting (*Parl. St.*, Senaat, 1981-82, nr. 246/1, 20) en in een verklaring van minister J.L. Dehaene in de Senaatscommissie (*Parl. St.*, Senaat, 1981-82, nr. 246/2, 218-219) werd uitdrukkelijk gesteld dat het feit vroeger als politicus deel te hebben genomen aan de beraadslaging over de betwiste wet of het aangevochten decreet ten aanzien van de rechters van het Arbitragehof geen wrakingsgrond uitmaakt, omdat anders «de werking van het Hof volledig dreigde verlamd te worden» (*Parl. St.*, Senaat, 1981-82, nr. 246/2, 218).

6. *Kunnen deze rechters eventueel gewraakt worden op grond van art. 6 EVRM dat rechtstreekse werking heeft en dat het interne recht primeert?*

Het Arbitragehof acht art. 6 EVRM op de prejudiciële procedure niet toepasselijk, omdat het Hof daarin geen kennis neemt van het concrete bodemgeschil, en bijgevolg geen uitspraak doet over burgerlijke rechten en plichten, noch over de gegrondheid van een ingestelde strafvervolgung. Het Arbitragehof zou zich enkel over een abstracte — eventueel door het Hof geherformuleerde — bevoegdheidsvraag uitspreken, los van het concrete geschil ten gronde en de daarbij betrokken partijen.

Daarom acht het Arbitragehof het Delcourt-arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (verder aangeduid als *EHRM*) (*EHRM*, arrest van 17 januari 1970, Delcourt, *Publications de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Série A.* (verder aangeduid als *Série A*), nr. 11, § 26) niet relevant. In dat arrest werd art. 6 EVRM toepasselijk geacht op het Hof van Cassatie, ook al doet dat enkel uitspraak over rechtsvragen. Daarentegen zouden zijn statuut en functie volgens het Arbitragehof wel kunnen worden vergeleken met dat van het Duitse en Oostenrijkse Grondwettelijke Hof. Zowel de Europese Commissie voor de Rechten van de mens (verder aangeduid als *ECRM*) (*ECRM*, onontvankelijkheidsbeslissing van 4 oktober 1977, 7655-57/76, *Décisions et Rapports*, nr. 12, (111), 120 en van 13 december 1979, 8410/78, *Decisions and Reports*, nr. 18, (216), 218) als het *EHRM*, (*EHRM*, arrest van 6 mei 1981, Buchholz, *Série A*, nr. 42, § 46-48; *EHRM*, arrest van 28 oktober 1984, Sramek, *Série A*, nr. 84, § 35) achten art. 6 EVRM op de voor deze Hoven gevoerde beroepsprocedure niet toepasselijk. Aangezien het Arbitragehof zichzelf — terecht — ziet als een Grondwettelijk Hof, zij het met beperkte bevoegdheid, neemt het Hof deze rechtspraak over.

Volgens het Arbitragehof doet het Deumeland-arrest (*EHRM*, arrest van 29 mei 1986, Deumeland, *Série A*, nr. 100, § 77) geen afbreuk aan deze stelling. In dat arrest — in tegenstelling tot het Buchholz-arrest (*gecit.*) — besliste het *EHRM* dat de beroepsprocedure voor het Bundesverfassungsgericht moest worden begrepen in de af te wegen

redelijke termijn. Hoewel het Grondwettelijk Hof niet over de grond van de zaak beslist, kan zijn uitspraak het bodemgeschil volgens het EHRM toch beïnvloeden. Voor het Arbitragehof betekent dit arrest enkel dat ook het Hof de redelijke termijn moet eerbiedigen. De Staat heeft er zich immers toe verbonden het geschil ten gronde, waarop art. 6 EVRM toepasselijk is, binnen redelijke termijn te beslechten en de prejudiciële procedure voor het Arbitragehof is daarin (enkel) een onderbreking (kritisch tegenover deze interpretatie van het arrest Deumeland staat Lemmens, P., o.c., nr. 88, p. 109-110).

Deze redenering is niet overtuigend en stuit o.i. op drie fundamentele bezwaren.

6.1. Met de visie van het Arbitragehof dat het enkel een soort «abstracte normencontrole» zou doorvoeren kan bezwaarlijk worden ingestemd.

Men moet de vernietigingsprocedure (art. 1 Organieke Wet) onderscheiden van de prejudiciële procedure (art. 15 Organieke Wet).

In het eerste geval is er geen concreet geschil ten gronde. De bevoegdheidsvraag wordt in abstracto opgeworpen door de nationale regering of door de gemeenschaps- of gewest-executieve, en het Arbitragehof doet daarbij geen uitspraak over burgerlijke rechten en plichten, noch over de gegrondheid van een ingestelde strafvervolging. Art. 6 EVRM is bijgevolg op deze procedure niet toepasselijk (cf. Rimanque, K., *l.c.*, 2877; genuanc. anders Velu, J. en Vanwelkenhuyzen, A., *l.c.*, nr. 103, p. 128, voetnoot 14).

Het EVRM is er trouwens niet ter bescherming van belangen van politieke instellingen, maar wel om de rechten van particulieren tegen de Staat te beschermen.

In geval van een prejudiciële vraag is er wel een concreet geschil ten gronde. Dit bodemgeschil kan zoals in casu de gegrondheid van een ingestelde strafvervolging (of burgerlijke rechten en plichten) betreffen.

In het onderhavig arrest maakt het Arbitragehof ten onrechte de aan het Hof voorgelegde bevoegdheidsvraag volledig los van het concreet geschil ten gronde. Dit onderscheid is kunstmatig. Het eerste is immers een element in het tweede: «il s'agit bien d'un incident qui survient au cours de cette action» (Vanwelkenhuyzen, A., «Les conflits entre loi et décret et entre décrets», *J.T.*, 1980, (609), 615). (Cf. Lemmens, P., o.c., nr. 84, p. 103-104.)

De uitkomst van de prejudiciële procedure bepaalt mede het resultaat van het bodemgeschil. Anders oordelen zou de prejudiciële vraag (en het arrest van het Arbitragehof) elke juridische relevantie ontnemen. Dit is strijdig met art. 17 Organieke Wet dat bepaalt dat het arrest van het Hof bindende kracht heeft inter partes en bijgevolg door de verwijzingsrechter moet worden gevolgd, alsmede met art. 15 Organieke Wet krachtens hetwelk de feitenrechter enkel een prejudiciële vraag mag stellen wanneer die noodzakelijk is voor het wijzen van zijn vonnis.

De prejudiciële procedure is bijgevolg determinerend voor de gegrondheid van de ingestelde strafvervolging of voor het beslechten van het geschil over burgerlijke rechten of plichten (cf. EHRM, arrest van 26 juli 1971, Ringelsen, *Série A*, nr. 13, § 94; EHRM, arrest van 23 april 1977, König, *Série A*, nr. 27, § 90; EHRM, arrest van 23 juni 1981, Le Compte, Van Leuven en De Meyere, *Série A*, nr. 43, § 46).

Het is moeilijk te begrijpen hoe de prejudiciële procedure los kan worden gezien van de procedure ten gronde (Le Compte, Van Leuven en De Meyere, *gecit.*, § 47). Krachtens het in art. 7 EVRM en art. 10 BUPO vervatte legaliteitsbeginsel («nullum crimen, nulla poena sine lege») moet een strafvervolging gebaseerd zijn op een wet. Een essentieel element in de procedure ten gronde is dan ook het onderzoek naar het bestaan, de geldigheid en de toepasselijkheid van de wet waarin de relevante incriminatie ligt vervat. Het is over die geldigheid dat het Arbitragehof zich in de prejudiciële procedure uitspreekt.

Het Arbitragehof regelt de conflicten tussen wet en decreet en tussen decreten onderling (art. 107ter G.W.): het beslist over de schending door een wet of een decreet van de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten (art. 15.1.a Organieke Wet). Het Hof zegt niet of de vonnisrechter de aangevochten norm moet toepassen, wel of die norm al dan niet binnen haar bevoegdheidsfeer blijft en derhalve al dan niet mag worden toegepast. Dit is duidelijk determinerend voor de uitkomst van het geschil ten gronde, aangezien in het tweede geval de betwiste wet of het aangevochten decreet niet mag worden toegepast waardoor de wettelijke grondslag van de strafbaarstelling en bijgevolg ook de strafvervolging zelf wegvalt. Deze invloed bestaat ook in het eerste geval: de norm waarvan de vonnisrechter dacht dat die in casu toepasselijk kon zijn — anders zou hij immers geen prejudiciële vraag ter zake gesteld (mogen) hebben —, mag hij nu inderdaad toepassen.

Niettegenstaande de opvatting van het Arbitragehof, is er o.i. toch een zekere analogie tussen dit Hof en de functie van het Hof van Cassatie: ook het Hof van Cassatie doet enkel uitspraak over rechtsvragen zonder in de beoordeling van de feiten te treden en zonder een beslissing ten gronde te nemen: het beperkt zich desgevallend tot de vernietiging van het arrest a quo en tot de verwijzing van de zaak. Het arrest Delcourt (*gecit.*) kan bijgevolg wel worden uitgebreid tot de voor het Arbitragehof aanhangige prejudiciële procedure, temeer daar het in dat kader gewezen arrest — in tegenstelling tot een eerste cassatie in een bepaalde zaak — door de verwijzingsrechter verplicht moet worden gevolgd. Art. 6 EVRM is dan ook op deze voor het Arbitragehof gevoerde procedure toepasselijk.

Men mag trouwens niet uit het oog verliezen dat het EHRM er herhaaldelijk op heeft gewezen dat art. 6 EVRM niet te restrictief en formeel-technisch mag worden opgevat, maar veeleer materieel-inhoudelijk (bv. Le Compte, Van Leuven en De Meyere, *gecit.*, § 45).

Bovendien stelde het EHRM in het arrest Delcourt (*gecit.*, § 25) dat «les décisions judiciaires touchent toujours des personnes. En matière pénale spécialement, prévenus et accusés ne s'effacent pas de la scène quand la sentence des juges du fond donne lieu à un pourvoi». Waarom zou dit bij een in het kader van een strafproces verplicht te stellen prejudiciële vraag anders zijn?

Ten slotte oordeelt het Arbitragehof in een prejudiciële procedure niet zo in abstracto als het doet uitschijnen. Zo moet overeenkomstig art. 89 Organieke Wet de rechter-verslaggever in zijn rapport ook de feitelijke toedracht van de zaak weergeven, en maakt de door de verwijzende rechter aanvaarde afstand van het geding ten gronde krachtens art.

82.1 Organieke Wet een einde aan de rechtspleging voor het Arbitragehof (cf. Velaers, J., o.c., p. 202, nr. 273). Bovendien hebben de gedingvoerende partijen (in het bodemgeschil) de mogelijkheid bij het Arbitragehof memories in te dienen (art. 69 Organieke Wet).

Zou het Arbitragehof ook niet nagaan of art. 15 Organieke Wet werd nageleefd, met name of de gestelde vraag voor het oplossen van het bodemgeschil wel relevant is? Volgt men de abstracte benadering van het Hof, dan lijkt dit niet het geval te zijn. De prejudiciële vraag is dan tijdverlies, hetgeen onverenigbaar is met de ook volgens het Arbitragehof in acht te nemen redelijke termijn.

Het Arbitragehof is o.i. hier te formeel in de interpretatie van zijn taak, terwijl het toch gaat om «la réalité par-delà les apparences» (EHRM, arrest van 24 juni 1982, Van Droogenbroeck, *Série A*, nr. 50, § 38; EHRM, arrest van 23 oktober 1985, Benthem, *Série A*, nr. 97, § 40). Zo gaat het Hof in tegen het voorwerp en het doel van het EVRM, de bescherming van particulieren, wat een element is bij het bepalen van de toepasselijkheid van art. 6 EVRM (EHRM, arrest van 8 juni 1976, Engel e.a., *Série A*, nr. 22, § 82; König, *gecit.*, § 89).

6.2. Een tweede fundamenteel bezwaar betreft de wijze waarop het Arbitragehof de rechtspraak van het ECRM en het EHRM hanteert. Het gebruikt die op een vervlakkende en veralgemenende wijze.

Zo miskent het Hof o.i. het arrest Delcourt (*gecit.*) door het onvolledig weer te geven en door er elke relevantie van uit te sluiten. De rechtspraak over het Duitse en Oostenrijkse Grondwettelijk Hof (*gecit.*, *supra* 6) krijgt dan weer een betekenis die het hier niet heeft.

Vooreerst werd daarin niet gezegd dat art. 6 EVRM op voor een Grondwettelijk Hof gevoerde procedures nooit toepasselijk is. Het ging telkens om een geval per geval beslissing waarbij wegens het ontbreken van een beslissing over burgerlijke rechten en plichten (of over de gegrondheid van een ingestelde strafvervolging) art. 6 EVRM niet toepasselijk werd geacht op de betreffende procedure.

Vervolgens hebben de uitspraken van de Europese mensenrechtenorganen geen gezag erga omnes, maar enkel inter partes. Het overnemen ervan mag daarom enkel gebeuren in soortgelijke gevallen. Hier ontbreekt die analogie.

De beslissing van de ECRM in de zaak 7655-57/76 (*gecit.*) betrof onontvankelijkheidsbeslissingen door een kamer van drie rechters van het Bundesverfassungsgericht (de zogenaamde «Dreierausschüsse») waarop art. 6 EVRM bij gebreke aan beslissing ten gronde uiteraard niet toepasselijk is. Het arrest van het Arbitragehof is echter een rechterlijke uitspraak ten gronde over de prejudiciële vraag met gezag van gewijsde inter partes zodat een vergelijking niet opgaat. Jacobs (*gecit.* bij Van Dijk, P. en Van Hoof, G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer, Kluwer, 1984, p. 242, voetnoot 332) vraagt zich trouwens af of art. 6 EVRM op die «Dreierausschüsse» toch niet toepasselijk zou zijn wanneer hun onontvankelijkheidsbeslissing gebaseerd is op het kenmerk ongegrond zijn van het «Verfassungsbeschwerde».

In haar beslissing van 13 december 1979 in de zaak 8410/78 (*gecit.*) ging de ECRM verder: art. 6 EVRM is niet toepasselijk omdat het Grondwettelijk Hof enkel overheidshandelingen toetst aan de grondrechten. Deze beslissing werd door het EHRM in het arrest Buchholz (*gecit.*,

§ 48) niet gevolgd: het EHRM hield het bij de stelling dat art. 6 EVRM in casu niet toepasselijk was omdat het niet ging om een beslissing over burgerlijke rechten. De arresten van het EHRM in de zaken Buchholz (*gecit.*) en Sramek (*gecit.*) hebben evenmin betrekking op een analoge procedure. In beide gevallen ging het ons om een beroepsprocedure voor respectievelijk het Duitse en Oostenrijkse Grondwettelijk Hof tegen een arrest waarin ten gronde werd beslist over een burgerlijk recht, respectievelijk het recht op een opzeggingsvergoeding en het eigendomsrecht. Geen van beide Hoven oordeelde ten gronde over dat betwiste recht: ze gingen enkel na of in de vroegere procedure het recht op een behandeling van de zaak binnen een redelijke termijn, respectievelijk het recht op een eerlijk proces door een onpartijdige rechter was nageleefd.

Hier gaat het echter om een prejudiciële procedure waarvan de uitspraak wel mede het geschil ten gronde determineert (zie *supra*, 6.1).

Werd in het arrest Deumeland (*gecit.*) bovendien de in het arrest Buchholz (*gecit.*) door het EHRM gevolgde restrictieve houding niet verlaten? (cf. Lemmens, P., o.c., nr. 88, p. 109.) Het Bundesverfassungsgericht oordeelde in de zaak Deumeland evenmin ten gronde over het bodemgeschil betreffende het (burgerlijk) recht op een arbeidsongevallenvergoeding. Desondanks was de procedure volgens het EHRM een onderdeel van de redelijke termijn: een indirecte invloed op het geschil ten gronde was immers mogelijk.

6.3. Een laatste opmerking betreft bepaalde inconsequenties in de door het Arbitragehof opgebouwde redenering.

Een eerste contradictie ligt in de betekenis die het Arbitragehof hecht aan zijn statuut als Grondwettelijk Hof met beperkte bevoegdheid om de toepasselijkheid van art. 6 EVRM te ontkennen. Het EHRM heeft echter altijd beslist dat — en het Arbitragehof vermeldt dat ook — voor de toepasselijkheid van art. 6 EVRM de aard van de wetgeving of van het beoordelend orgaan niet bepalend is (bv. Ringelsen, *gecit.*, § 94; König, *gecit.*, § 90).

Om de toepasselijkheid van art. 6 EVRM op de voor het Hof gevoerde procedure uit te sluiten, steunt het Arbitragehof verder op rechtspraak van het EHRM waarin de voor een Grondwettelijk Hof gevoerde beroepsprocedure werd geacht direct, noch indirect een onderdeel te vormen van de redelijke termijn. Dit is o.i. moeilijk verenigbaar met de stelling die het Arbitragehof later in zijn arrest verdedigt dat de voor het Hof aanhangige procedure anderzijds wel in de in acht te nemen redelijke termijn moet worden opgenomen.

De derde incoherentie houdt hiermee direct verband. Hoe kan je enerzijds stellen dat de voor het Arbitragehof aanhangige prejudiciële procedure direct, noch indirect het bodemgeschil ten gronde beïnvloedt, en anderzijds die procedure wel opnemen in de redelijke termijn? Dat impliceert immers dat die invloed er wel degelijk is. Anders is die procedure nutteloos en per se onredelijk.

Moeilijk te begrijpen ten slotte is de stelling van het Arbitragehof dat zijn uitspraak over de prejudiciële vraag direct noch indirect het geschil ten gronde beïnvloedt. Zo ondermijnt het Hof zijn eigen betekenis en beslist het dat de verplichte prejudiciële procedure — ambtshalve door de rechter na te leven (Velaerts, J., o.c., nr. 147) — betekenis-

loos is.

6.4. Het volgen van de stelling van het Arbitragehof dat art. 6 EVRM niet toepasselijk is op een procedure waarbij niet over het geschil ten gronde wordt beslist, zou er bovendien toe leiden dat die bepaling bv. ook niet op een procedure voor de arrondissementsrechtbank zou moeten worden toegepast. Dat rechtscollege beslist immers enkel over de materieel en territoriaal bevoegde rechter, niet over de grond van de zaak. Art. 6 EVRM is op de arrondissementsrechtbank echter ongetwijfeld van toepassing. Is het door art. 6 EVRM gewaarborgde recht van de rechtsonderhorige om voor zijn natuurlijke, d.i. materieel en territoriaal bevoegde rechter gebracht te worden, bovendien niet van burgerlijke aard?

Kan dezelfde redenering niet ten aanzien van het Arbitragehof worden gevolgd? Het Hof beslist immers of de wet of decreetgever binnen zijn materiële en territoriale bevoegdheidssfeer is gebleven, iets waarop de aan die wet of dat decreet onderworpen rechtsonderhorige eveneens recht heeft.

6.5. Uit deze argumenten volgt o.i. dat art. 6 EVRM wel toepasselijk is op een aan het Arbitragehof voorgelegde prejudiciële vraag wanneer die is gerezen in het kader van een bodemgeschil betreffende burgerlijke rechten en plichten of — zoals hierover de gegrondheid van een ingestelde strafvervolgning.

Dit kan bovendien afgeleid worden uit enige tussenkomsten in het Parlement over het Arbitragehof. Zo stelde senator De Meyer bij de bespreking van art. 107<sup>ter</sup> G.W. (*Parl. Hand.*, Senaat, 1979-80, 28 juli 1980, 2648) dat de rechtspleging voor het Arbitragehof de toets aan art. 6 EVRM zou moeten kunnen doorstaan, een mening waarbij verslaggever de Stexhe (*Ibid.*, 2649-2650) zich aansloot.

Op verschillende plaatsen in de Organieke Wet komt verder de bekommernis van de wetgever naar voren om te voldoen aan de vereisten van art. 6 EVRM: de onafhankelijkheid en onpartijdigheid: artt. 21.2, 35-39 en 84 e.v.; de openbaarheid: artt. 87 en 93; het contradictoir karakter: artt. 73, 75-77, 81, 83, 86, 89.4, 90, 96.3, 100 en 101. De naleving van de in art. 6 EVRM bepaalde waarborgen in de organisatie van het Arbitragehof leidt echter niet per se tot de conclusie dat die bepaling dan ook toepasselijk is; het is daarfoe enkel een aanduiding.

Ook de rechtsleer aanvaardt vrij unaniem de toepasselijkheid van art. 6 EVRM op de voor het Arbitragehof ahangige prejudiciële procedures (Delpérée, F. en Rasson-Roland, A., *l.c.*, nr. 6, p. 228-229; Lemmens, P., *o.c.*, nrs. 84 en 88; Rimanque, K., *l.c.*, 2877; Velaers, J., *o.c.*, nrs. 177, 233 en 275; Vanwelkenhuyzen, A., *l.c.*, 915; Velu, J. en Vanwelkenhuyzen, A., *l.c.*, nr. 103, p. 128 (nog ten aanzien van de vroegere regeling van de bevoegdheidsconflicten voor de afdeling bevoegdheidsconflicten van de Raad van State en voor het Parlement); contra Quertainmont, Ph. en Uyttendaele, M., *l.c.*, nr. 69, p. 77, voetnoot 170).

7. *Kan de wraking geschieden op grond van de algemene rechtsbeginselen, met name met het oog op de naleving van het rechtsbeginsel van de onafhankelijke en onpartijdige rechter?*

Het recht is niet uitsluitend en volledig in de wet geformuleerd, maar bestaat ook uit andere regelen. Daartoe behoren o.a. de algemene rechtsbeginselen, welke de rechter moet (doen) eerbiedigen (zie Ganshof van der Meersch,

W., «Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit», *J.T.*, 1970, 1970, 557-572 en 581-596 en Claeys-Bouuaert, Ph., «Algemene beginselen van het recht. Vijftien jaar rechtspraak van het Hof van Cassatie», *R.W.*, 1986-87, 913-934 en 977-998).

Dit moet ook het Arbitragehof doen: het is een rechtscollege, zij het sui generis (Dumon, F., «La Cour d'Arbitrage, juridiction-non-autorité politique», *J.T.*, 1983, (533), 533; Velaers, J., *o.c.*, nrs. 58-59; anders Vermeylen, P., «Une juridiction politique», *Le Monde*, 7 mei 1981 en «La Cour d'Arbitrage», *Journal des Procès*, 27 mei 1983, beide *gecit.* bij Velaers, J., *o.c.*, nr. 58, p. 72, voetnoot 197).

Een van de te eerbiedigen rechtsbeginselen is de onpartijdigheid van de rechter (Claeys-Bouuaert, Ph., *l.c.*, k. 977-983, nr. 5). Dit rechtsbeginsel is van toepassing op alle rechtscollages, zelfs wanneer art. 6 EVRM zelf op de er voor gevoerde procedures (nog) niet toepasselijk is (beslist in een fiscaal niet-strafrechtelijk geschil, Cass., 28 juni 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1319).

Zo paste het Hof van Cassatie dit algemeen rechtsbeginsel ten aanzien van tuchtprocedures reeds toe, nog voor het in 1983 art. 6 EVRM zelf daarop toepasselijk achtte (bv. Cass., 20 september 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 77; Cass., 21 december 1979, *Ibid.*, 494; Cass., 14 november 1980, *Ibid.*, 1980-81, 295). In deze disciplinaire procedures speelt dit rechtsbeginsel nog steeds een belangrijke rol: terwijl art. 6 EVRM niet in elke instantiefase geldt, maar enkel voor het rechtscollege met volle rechtsmacht (de Raad van Beroep van de Orde der Geneesheren bv.), moet het algemeen rechtsbeginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid door alle tuchtrechtelijke organen worden nageleefd, ook bv. door de Provinciale Raad van de Orde der Geneesheren (Cass., 13 mei 1985, *R.W.*, 1985-86, 1441).

Het Arbitragehof onderzoekt dan ook terecht of de wegens hun vroegere politieke betrokkenheid verdachte rechters niet op grond van het rechtsbeginsel van onpartijdigheid moeten worden gewraakt.

Het antwoord is negatief: het Hof acht het algemeen rechtsbeginsel daardoor niet geschonden (zie *infra*, 8). Bovendien hebben de algemene rechtsbeginselen slechts een subsidiair karakter zodat ze — zelfs wanneer ze zouden zijn geschonden — niet opwegen tegen een uitdrukkelijke wet, nl. art. 84 Organieke Wet (cf. Claeys-Bouuaert, Ph., *l.c.*, k. 913, nrs. 1.2 en 4.10, k. 933; Ganshof van der Meersch, W., *l.c.*, 567).

8. *Leidt de vroegere politieke betrokkenheid van een rechter van het Arbitragehof bij de besluitvorming over een nu voor hem aangevochten wet of decreet per se tot verminderde onpartijdigheid in zijn hoofde?*

De van een rechter krachtens art. 6 EVRM vereiste onpartijdigheid beperkt zich niet tot een subjectieve geestshouding in de behandeling en beoordeling van een zaak (de subjectieve onpartijdigheid), maar heeft ook een objectief-organiek aspect: de rechter mag niet reeds in een andere hoedanigheid ten gronde kennis hebben genomen van het concrete geschil (EHRM, arrest van 1 oktober 1982, Piersack, *Série A*, nr. 53, § 30; EHRM, arrest van 29 oktober 1984, De Cubber, *Série A*, nr. 86, § 24).

8.1. De subjectieve onpartijdigheid komt in onderhavig arrest terecht niet ter sprake. Die wordt immers vermoed tot bewijs van het tegendeel (Le Compte, Van Leuven en

De Meyere, *gecit.*, § 58; Piersack, *gecit.*, § 30; De Cubber, *gecit.*, § 25), een bewijs dat hier nergens werd geleverd.

8.2. De vraag naar de objectieve onpartijdigheid in hoofde van de rechters-politici van het Arbitragehof ligt moeilijker. In hun oude hoedanigheid van parlements lid of van lid van de Gemeenschaps- of Gewestraad spraken ze zich immers — minstens impliciet — reeds uit over de bevoegdheidsvraag ten aanzien van de nu voor hen als rechter aangevochten norm. Is dit voldoende om bij de rechtzoekenden een redelijke twijfel te doen ontstaan over hun objectieve onpartijdigheid? (Zie de *supra*, 1 aangehaalde rechtsleer waar dit probleem reeds vroeg werd gesteld.)

Het Arbitragehof meent van niet, omdat de rechters toen geen kennis namen van het concrete geschil ten gronde, maar zich enkel als politicus uitspraken over de in abstracto gestelde bevoegdheidsvraag.

Het Hof schijnt hier uit het oog te verliezen dat het juist dat laatste feit is dat de objectieve onpartijdigheid van deze rechters volgens verzoekers in het gedrang brengt. Toch is de conclusie van het Arbitragehof o.i. juist.

Het is niet voldoende dat een rechter zich vroeger in abstracto reeds heeft uitgesproken over de rechtsvraag die hem nu in het kader van een concreet rechtsgeschil wordt voorgelegd om in zijn hoofde tot een schijn van partijdigheid te kunnen besluiten. Vereist is dat hij reeds daadwerkelijk kennis nam van het concrete geschil ten gronde. Dit blijkt duidelijk uit de arresten Piersack (*gecit.*, § 30 b) en De Cubber (*gecit.*, § 24).

Bij de rechters-politici van het Arbitragehof is dit niet het geval. Het is in het kader van de prejudiciële procedure dat zij voor de eerste maal kennis nemen van de bevoegdheidsvraag zoals die in het concrete rechtsgeschil ten gronde ten aanzien van een wet of decreet is gerezen. Tegelijk is dit de eerste keer dat hun oordeel over die norm — hier het Afvalstoffendecreet —, dat bodemgeschil — hier over de grondigheid van de wegens overtreding van dat decreet ingestelde strafvervolgning — ten gronde kan beïnvloeden. Hun objectieve onpartijdigheid komt dan ook niet in het gedrang.

Anders oordelen zou het elke rechter onmogelijk maken zich in de rechtsleer nog over actuele rechtsvragen uit te spreken zonder voor de toekomst zijn onpartijdigheid in het gedrang te brengen (cf. Velaerts, J., *o.c.*, nr. 275, p. 204). Dit is echter niet het geval: het is bovendien geen wrakingsgrond (a contrario af te leiden uit art. 828.8 Ger. W.). Zou dit wel het geval zijn, dan kan de vraag worden gesteld of dit niet ingaat tegen de vrijheid van meningsuiting die ook een rechter toekomt. Dit geldt des te meer wanneer dergelijk oordeel werd uitgesproken nog vooraleer iemand tot rechter werd benoemd.

Tegelijk zou een rechter dan geen kennis meer mogen nemen van een rechtsgeschil waarin een rechtsvraag aan de orde wordt gesteld waarover hij zich eerder reeds in een andere zaak uitsprak. Dit is evenmin het geval (art. 828.8, 1 Ger. W.). Het zou bovendien in de praktijk onmogelijk kunnen worden gerealiseerd.

Zou een ander oordeel niet eveneens het specifiek karakter van het politieke besluitvormingsproces miskennen? Of de wet- of decreetgever bevoegd is om een bepaalde norm uit te vaardigen, is voor de rechter in het Arbitragehof een louter juridische vraag waarop hij een uitsluitend juridisch gemotiveerd antwoord moet geven. Voor de politicus daar-

entegen is het een politieke vraag waarop een politiek antwoord moet komen; juridische overwegingen zijn daarbij slechts één factor onder de vele.

Opvallend is hoe in de Piersack (*gecit.*) en De Cubber (*gecit.*)-zaken de rechter ook vroeger van het concrete geschil als professionele jurist kennis had genomen, respectievelijk als parket-magistraat en als onderzoeksrechter.

Vroegere politieke betrokkenheid van rechters van het Arbitragehof bij de besluitvorming over de aangevochten norm is dus niet per se een reden tot verminderde objectieve onpartijdigheid. De analogie met de rechtspraak van het EHRM ter zake ontbreekt immers.

Deze stelling werd om praktische redenen ook in het Parlement verdedigd (zie *supra*, 5). Ze vindt bv. ook haar weerslag in art. 18 van de Gesetz über des Bundesverfassungsgerichts (12 maart 1951) waarin wordt bepaald dat «Mitwirkung im Gesetzgebungsverfahren» in hoofde van de rechter niet geldt als «in derselben Sache bereits von Amts oder Berufs wegen tätig gewesen (sein)», een grond tot wraking.

Wil de objectieve onpartijdigheid van deze leden-politici van het Arbitragehof inderdaad in het gedrang komen, dan is meer vereist.

Het criterium dat Delpérée en Rassin-Roland (Delpérée, F. en Rassin-Roland, A., *l.c.*, nr. 15, p. 236) daartoe hanteren, het al dan niet uitdrukkelijk aan bod komen van de bevoegdheidsvraag bij de parlementaire besluitvorming, voldoet niet. Deze vraag komt trouwens zoals Velaerts (Velaerts, J., *o.c.*, nr. 275, p. 204) opmerkt, impliciet steeds aan bod.

Vereist is dat de rechter zich vroeger als politicus over de grondwettigheid van de aangevochten norm uitsprak in het kader van een concreet geschil, analoog met het rechtsgeschil ten gronde waarin over deze norm de prejudiciële vraag is gerezen. Die norm moest bovendien tot doel hebben in dergelijk rechtsgeschil tussen te komen. Dit criterium beantwoordt aan het onderscheid dat Velaerts (Velaerts, J., *o.c.*, nr. 275, p. 204) voorstelt tussen «vooringenomenheid in rechte» en «vooringenomenheid ten gronde».

Een duidelijk voorbeeld van dergelijke situatie bood het decreet Lepaffe (*B.S.*, 6 juli 1984) dat retroactief in aanhangige rechtsgeschillen ingreep. Zou in dergelijk geschil over dit decreet een prejudiciële vraag voor het Arbitragehof worden gebracht, dan is de analogie met de situatie in het arrest Piersack (*gecit.*) en De Cubber (*gecit.*) zo sterk dat de objectieve onpartijdigheid van leden-politici van het Arbitragehof die zich in hun oude hoedanigheid reeds in het Parlement of in het Overlegcomité over dit decreet uitspraken, wel in het gedrang komt. Minder verregaand en minder uitdrukkelijk, maar in dezelfde richting gaat het decreet van de Franse Gemeenschap van 30 juni 1982 (*B.S.*, 27 augustus 1982) tot regeling van het taalgebruik in sociale zaken: ook hier wou de decreetgever in bestaande rechtsgeschillen tussenkomen, zij het alleen voor de toekomst.

Het feit dat de benadering van het bevoegdheidsprobleem door een politicus verschilt van deze door een rechter, zal deze conclusie wellicht niet kunnen vermijden. Het recht op een eerlijk proces voor een onpartijdige rechter is immers een essentieel element van een democratische samenleving dat ruim moet worden geïnterpreteerd om tegemoet te komen aan het voorwerp en het doel van het EVRM (De Cubber, *gecit.*, § 30). Bovendien speelt daarbij

de gewekte schijn (Delcourt, *gecit.*, § 31; De Cubber, *gecit.*, § 26) — «Justice must not only be done, it must also be seen to be done» — een belangrijke rol.

Het lijkt echter moeilijk te verdedigen dat telkens wanneer deze bevoegdheidsvraag actueel een determinerend was in de parlementaire besluitvorming over een wet of een decreet, dergelijke schijn van partijdigheid ontstaat ten aanzien van leden van het Arbitragehof die in hun vroegere hoedanigheid van politicus aan die beraadslaging deelnamen. Toen spraken ze zich ter zake immers niet uit in het kader van een concreet rechtsgeschil ten gronde. Daardoor ontbreekt de analogie met het arrest Piersack (*gecit.*) en De Cubber (*gecit.*); het verschil tussen de juridische en politieke benadering van het probleem wint daarentegen hier terug aan belang. In dit geval moet deze persoonlijke voorgeschiedenis van een rechter van het Arbitragehof veeleer worden geplaatst in het kader van een subjectieve benadering van zijn onpartijdigheid (zie *supra*, 8.1).

9. Aanvaardt men dat er enkel sprake is van een (objectieve) schijn van partijdigheid bij een rechter wanneer deze reeds eerder ten gronde kennis nam van het concrete rechtsgeschil, zonder dat het voldoende is dat hij zich over daarin rijzende rechtsvragen reeds vroeger in abstracto uitsprak, dan lijkt in de meeste gevallen de aanwezigheid van oud-politici in het Arbitragehof in dit opzicht geen problemen te stellen.

Het Arbitragehof had daarom dan ook zonder gevaar voor zijn verdere werking art. 6 EVRM toepasselijk kunnen achten. Die stelling is o.i. ook juridisch beter te verdedigen.

In ieder geval heeft het Arbitragehof met het hier besproken arrest een praktisch probleem opgelost waardoor de boven zijn samenstelling hangende wolken verdwenen zijn. Zolang het EHRM zelf zich over deze zaak niet uitspreekt — een uitspraak waarvan de inhoud moeilijk te voorspellen is —, blijft het echter een tijdelijke opklaring.

*Luc Vermeire*  
*Universiteit Antwerpen (U.I.A.)*

## HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

9e KAMER — 23 OKTOBER 1986

Voorzitter: de h. Bellemans

Raadsheren: de hh. Maréchal en Delvoie

Advocaten: mrs. Vermeulen loco Amerlinckx en Peten loco Brouhns

### Vennootschap — Vereniging van alle aandelen in één hand — Vereffening.

*De vereniging van alle aandelen in één hand, die aanleiding geeft tot ontbinding van de vennootschap, belet de handhaving van de rechtspersoonlijkheid van de ontbonden vennootschap voor haar vereffening niet.*

P.V.B.A. K. t/ N.V. G.

Overwegende dat appellante eist dat het hof de nietigheid van de inleidende dagvaarding zou uitspreken wegens ver-

zuim van op straffe van nietigheid gegeven voorschriften bepaald in artikel 43 Ger. W.;

Overwegende dat geïntimeerde terecht aanvoert dat appellante voor de eerste rechter uitdrukkelijk heeft afgezien van de ingeroepen exceptie van nietigheid;

Dat daarenboven geen nietigheid kan worden verklaard behoudens gestelde en bewezen schade;

Overwegende dat in de verdere proceshandelingen, geïntimeerde de onregelmatigheid daarenboven heeft hersteld, zodat appellante er zich duidelijk kon van vergewissen dat André G. optrad in de hoedanigheid van vereffenaar van de N.V. G., die hij reeds deed kennen bij brief van 17 mei 1982, die de dagvaarding voorafging; dat in elk geval de aangeklaagde onregelmatigheid haar belangen niet schaadt;

Dat de inleidende dagvaarding derhalve niet nietig kan worden verklaard;

Overwegende dat appellante ook ten onrechte en tevergeefs art. 181 Venn. W. inroept;

Dat uit de overgelegde stukken duidelijk blijkt dat dhr. André G. als vereffenaar van de ontbonden vennootschap werd aangesteld;

Dat de vereniging van alle aandelen in één hand, nl. A.G., die aanleiding gaf tot ontbinding van de vennootschap, geenszins de handhaving van de rechtspersoonlijkheid van de ontbonden vennootschap voor haar vereffening belet (J. Van Rijn en P. Van Ommeslaghe, «Sociétés commerciales», *R.C.J.B.*, 1981, 439, nr. 96; J. Ronse e.a., «Vennootschappen», *T.P.R.*, 1978, 681);

(...)

## ARBEIDSHOF TE GENT

1e KAMER — 15 JANUARI 1987

Voorzitter: de h. De Sutter

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Brouw en Pieters

Advocaat: mr. De Pelsmaecker loco Van De Gehuchte

### Beroepsziekte — Arbeidsongeschiktheid — Begrip — Graad — Vaststelling — Criteria.

*Inzake beroepsziekten komt elke economische arbeidsongeschiktheid, hoe gering ook, in aanmerking voor vergoeding. De graad van de ongeschiktheid wordt bepaald op grond enerzijds van het fysieke letsel en anderzijds op grond van de sociaal-economische factoren leeftijd, vak-kundigheid en aanpassingsvermogen van de getroffenene.*

Fonds voor Beroepsziekten t/ E.

In casu wordt niet betwist dat verweerder in hoger beroep jaren lang als steenkapper-metselaar was blootgesteld aan lawaai in zijn beroepsmilieu. Evenmin wordt betwist dat hij fysiologisch een gehoorsdaling vertoont. Betwist wordt dat deze een weerslag zou hebben op zijn concurrentievermogen op de arbeidsmarkt.

Inzake beroepsziekten is alleen de economische arbeidsongeschiktheid voor vergoeding vatbaar, d.w.z. de vermindering van het arbeidspotentieel door de getroffenene overgehouden ten gevolge van het fysieke letsel.

Terecht wordt gesteld dat elke «economische» arbeidsongeschiktheid, hoe gering ook, voor vergoeding in aanmerking komt. Het is echter onjuist te stellen dat «elk fysiek letsel» noodzakelijkerwijze een economische arbeidsongeschiktheid tot gevolg heeft.

Elk geval dient dan ook in concreto te worden beoordeeld, rekening houdend enerzijds met de aard van de overgehouden fysieke letsels en anderzijds met de leeftijd, de vakkundigheid en het aanpassingsvermogen van de getroffene.

In casu was de getroffene praktisch zijn hele beroepsloopbaan steenkapper-metselaar en vooral steenkapper, behoudens het eerste jaar, nu hij in 1941 en 1942 in een spinnerij heeft gewerkt. Betrokkene was op het ogenblik van de beslissing 57 en een half jaar oud. Het audio-metrisch onderzoek vertoonde een gemiddeld gehoorverlies aan het rechteroor van 55 db en aan het linker van 45 db. Het gehoorverlies is dus onmiskenbaar.

Dat een dergelijke gehoording volgens de criteria gehanteerd door het Fonds voor Beroepsziekten geen aanleiding zou geven tot enige economische arbeidsongeschiktheid, en volgens de Belgische Schaal tot 5%, is niet bindend voor de rechter. Beide systemen kunnen ten hoogste als een nuttig gegeven tot voorlichting gelden, doch uiteindelijk is het de rechter die souverain de economische waardevermindering bepaalt, rekening houdend met alle sociaal-economische factoren hierboven vermeld.

Meer bepaald dient te worden nagegaan of de beroepsdoofheid van de getroffene van die aard is dat ze een normale tewerkstelling hindert en in welke mate.

Volgens een overgelegd attest van de laatste werkgever blijkt dat getroffene door storingen aan het gehoor problemen had bij het opvolgen van opdrachten welke door de werkleider gegeven werden. De bevelen dienden verschillende malen te worden herhaald met alle tijdverlies van dien. Aldus blijkt dat in casu de beroepsdoofheid een weerslag had op het arbeidspotentieel van getroffene.

Gelet op de leeftijd van getroffene, zijn beperkte scholing, zijn zeer gering aanpassingsvermogen en de afwezigheid van elke mogelijkheid tot herscholing, kan de economische arbeidsongeschiktheid van getroffene op 5 procent worden bepaald.

De omstandigheid dat getroffene op het ogenblik dat hij gedeeltelijk arbeidsongeschikt wordt of daarna, een rustpensioen geniet, is wettelijk geen element dat in aanmerking komt ter bepaling van de graad van de blijvende arbeidsongeschiktheid (Cass., 29 september 1986, *R.W.*, 1986-87, 858).

(...)

## ARBEIDSRECHTBANK TE BRUSSEL

2e KAMER — 12 JANUARI 1987

Voorzitter: de h. Declerck

Rechters in sociale zaken: de h. Vander Elst en mevr. Van Hove

Advocaten: mrs. Ketsman en André-Dumont en Schoups loco de Cannart d'Hamale

## Arbeidsovereenkomst — Einde — Dading — Geldigheid — Voorwaarden.

*Een naar vorm en inhoud regelmatige overeenkomst van dading door werkgever en werknemer gesloten bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, en die betrekking heeft op de op dat ogenblik reeds door de werknemer verkregen rechten, bindt de partijen.*

T. t/ N.V. I.

Overwegende dat eisende partij sedert 1 oktober 1977 in het raam van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 (WAO) als bediende in dienst was van verwerende partij en dat hij bij brief, door hemzelf ondertekend voor ontvangst op 25 maart 1980, conform de artikelen 37 en 82 WAO werd afgedankt met een opzeggingstermijn van drie maanden ingaande op 1 april 1980;

Overwegende dat eiser aanspraak maakt op een loontekort wegens gepresteerde overuren ten belope van 182.520 frank;

Verweerster betwist de vordering en stelt: dat tussen partijen op 26 maart 1980 een dading werd gesloten betreffende elke algemene verbintenis of schuld; dat eiser geen enkel bewijs overlegt ter staving van de beweerde 704 overuren en dat zij ten stelligste betwist dat eiser overuren zou hebben gepresteerd.

### *Wat de dading betreft*

Verweerster stelt dat tussen partijen op 26 maart 1980 een overeenkomst werd gesloten waarbij eiser enerzijds werd vrijgesteld van het presteren tijdens de opzeggingstermijn, en waarbij eiser zich anderzijds akkoord verklaarde: «marque son accord sur la durée et les modalités du préavis... et déclare en conséquent l'employeur libre à son égard de toute obligation ou dette généralement quelconque découlant tant de l'exécution que de la résiliation du contrat d'emploi sauf la rémunération correspondant à la durée du préavis», en dat deze transactie als een dading in de zin van artikel 2044 B.W. dient te worden beschouwd, zodat dient te worden vastgesteld dat de vordering tot betaling van gepresteerde uren in geen geval gegrond is.

De rechtbank stelt inderdaad vast dat, op voet van vernoemd artikel, de dading een contract is waarbij partijen aan een bestaand geschil een einde maken of een toekomstig geschil voorkomen.

Voor de geldigheid van een dergelijke overeenkomst wordt volgens een vaste rechtsleer (cf. Dekkers, uitgave 1957, nr. 1317; Planiol, II, éd., 1923, nr. 2284, *seq*) vereist: 1. een bestaand of toekomstig geschil; 2. de bedoeling aan dit geschil een einde te maken; 3. de wederzijdse toegevingen van de partijen: «bij ontbreken van de mogelijkheid de toegevingen van de partijen na te gaan, kan er geen sprake zijn van een dading aangezien het bestaan van wederzijdse toegevingen namelijk één van de essentiële bestanddelen van de dading uitmaakt» (Arbeidshof Brussel, 3 december 1973, *T.S.R.*, 1974, 129, met noot).

Wat de vorm van de dading betreft dient artikel 1325 B.W. te worden nageleefd en dient een — eventuele — schriftelijke overeenkomst (de wet stelt geen vormvereisten, een dading kan ook mondeling worden afgesloten) in zoveel exemplaren opgesteld te worden, als er partijen zijn met onderscheiden belangen.

Volgens het Hof van Cassatie is een dergelijke dading tussen werkgever en werknemer slechts mogelijk vanaf het ogenblik dat een der partijen tot kennisgeving van de opzegging is overgegaan (Cass., 11 februari 1980, *R.W.*, 1979-80, 2037, met conclusie adv.-gen. Lenaerts). Men neemt aan dat op dat ogenblik aan de ondergeschikte positie van een werknemer een einde is gekomen. Toch blijft ook in een dergelijk geval de regel gelden dat wél een dading kan worden aangegaan met betrekking tot rechten die de werknemer reeds verkregen had, doch geenszins met betrekking tot rechten die hem gedurende de periode tijdens welke de arbeidsovereenkomst nog zal bestaan, zullen toevallen (zie Papier-Jamouille, *R.P.D.B.*, compl. III, v° «Contrat de travail», nr. 769).

De dading bindt de betrokken partijen zoals elke andere overeenkomst. Daar het de bedoeling is definitief een betwisting te regelen, kunnen zij niet meer terugkomen op de wijze waarop ze dit hebben gedaan. Doet een van de partijen dit toch, dan zal de andere partij uiteraard terecht het bestaan van de dading kunnen opwerpen en de vordering doen stranden (cf. Gheysen, *Dading*, in *A.P.R.*, 1964, nr. 248).

In casu is het niet ter zake dienend te betogen dat de overeenkomst tussen partijen gesloten op 26 maart 1980 een kwijting voor saldo van rekening uitmaakt, gesloten op het ogenblik dat de overeenkomst een einde neemt. A fortiori daar tussen partijen later, op 16 april 1980, wél degelijk een definitieve kwitantie werd afgeleverd waarbij eiser de S.A. I. «quitte et libre de toute obligation ou dette» verklaart.

De rechtbank oordeelt dan ook dat de overeenkomst tussen partijen afgesloten op 26 maart 1980 qua inhoud en vorm een dading uitmaakt, zodat de vordering als ongegrond dient te worden afgewezen;

(...)

## RECHTSpraak IN KORT BESTEK

### Hof van Cassatie (3e Kamer), 8 december 1986

*Werkloosheid — Recht op uitkeringen — Interests — Verbintenis — Betaling van een bepaalde som — Art. 1153 B.W. — Begrip.*

Gecasseerd wordt het arrest van het Arbeidshof te Antwerpen van 9 oktober 1985, dat besliste dat de eiser gerechtigd was op werkloosheidsuitkeringen vanaf 1 maart 1982, maar dat op die uitkeringen geen moratoire interests waren verschuldigd, omdat eiser in het geding geen bepaalde som had gevorderd:

«Overwegende dat de verbintenis sociale-zekerheidsuitkeringen te betalen, waarin noodzakelijkerwijze de erkenning van een subjectief recht op die uitkeringen besloten ligt, een verbintenis is die, in de zin van artikel 1153 van het Burgerlijk Wetboek, alleen betrekking heeft op het betalen van een bepaalde geldsom zodat, bij vertraging in de uitvoering, de bij die bepaling vastgestelde wettelijke interest verschuldigd is;

«Overwegende dat het arrest beslist dat aan de zijde van

verweerder een dusdanige verbintenis bestaat; dat het arrest artikel 1153 van het Burgerlijk Wetboek schendt door op grond van de aangevochten redengeving te beslissen dat die bepaling op verweerders verbintenis niet kan worden toegepast.»

(Voorzitter: de h. Soetaert — Raadsheer-rapporteur: de h. Marchal — Advocaat-generaal: de h. Lenaerts — Advocaten: mrs. Bützler en Simont — In de zaak: B. t/ R.V.A.)

## BOEKEN

B. GRAULICH en P. PALSTERMAN, *Les droits et obligations des chômeurs*, Brussel, Labor, 1986 (2e uitg.), 327 blz.

Nu de juridische literatuur over het sociale-zekerheidsrecht in België overwegend Nederlandstalig geworden is, past het zeker de nodige aandacht te besteden aan een Franstalige publikatie op dit gebied, die opvalt door haar opmerkelijke kwaliteiten.

Het boek van Bernadette Graulich en Paul Palsterman is een tweede, sterk herwerkte uitgave van een vroegere publikatie, verzorgd door dezelfde Bernadette Graulich, advocate aan de Luikse balie en haar confrater Marc Nève, medewerker van onze collega mevr. M. Jamouille aan de rechtsfaculteit in Luik (uitgegeven bij dezelfde firma in 1980). De vervanging van Marc Nève door Paul Palsterman, jurist in dienst van de studiedienst van de C.S.C., heeft een nog sterker aansluiten bij de praktijk meegebracht. Het boek is praktisch een handleiding voor de juristen die vanuit de vakbonden naar de arbeidsrechtbanken worden gestuurd om de belangen van de werklozen te behartigen in zaken tegenover de R.V.A.

En het is een zeer goed handboek. Het behandelt in korte hoofdstukken en zonder overbodige uitweiding de typische problemen waarmee men bij deze litigatie te maken heeft: de toelating tot de uitkeringen, de toekenningsvoorwaarden, de berekeningswijze van de uitkeringen, het statuut van de uitkeringen (beslag en overdracht), de bijzondere categorieën (nu talrijker dan ooit) en — last but not least — de procedure.

In hun behandeling van deze materie maken de auteurs een goed gebruik van de bestaande rechtspraak en rechtsleer, in die zin dat zij er een *sober* gebruik van maken. Sinds de economische crisis is er zoveel over geschreven (ook door mijzelf, dat moet ik toegeven), dat een handboek gemakkelijk zou kunnen verworden tot een overloze compilatie met zeeën van voetnoten. In deze valstrik zijn de auteurs niet getrapt. Integendeel: zij hebben er duidelijk voor gekozen de problemen klaar en duidelijk te stellen en het antwoord erop (of de erdoor gestelde problemen) te zoeken in de reglementering en in de richtlijnen van de R.V.A. Daarbij is bijzonder veel aandacht gegeven aan kruisverbindingen met andere rechtsbronnen, zoals arbeidsrecht, c.a.o.'s en parallelle regelingen, burgerrechtelijke en fiscale bepalingen e.d. Aan de rechtspraak is slechts aandacht besteed daar waar ze een essentiële bijdrage heeft geleverd aan de ontwikkeling van het recht, zoals bv. bij de bepaling van de begrippen «arbeid voor zichzelf die ingeschakeld is in het ruilverkeer van goederen en diensten» of «arbeid voor een derde die enig loon of materieel voordeel oplevert» (blz. 76 e.v.).

Waar die rechtspraak de verkeerde kant opgaat (zoals ook in deze materie wel eens durft gebeuren) wordt zij met kracht bekritiseerd. Dit is — uiteraard — het geval voor de cassatierechtspraak over de «onvrijwillige» werkloosheid (blz. 91-92), voor die over de onbeschikbaarheid voor de algemene arbeidsmarkt (blz. 114 e.v.), over de sanctie van de onbeschikbaarheid (blz. 118), enz.

Ook tegenover de regelingen zelf staan de auteurs kritisch. Zo wijzen zij op de dispariteiten tussen de regelingen inzake toegang tot het stelsel en die inzake behoud van de hoedanigheid van uitkeringsgerechtigde (blz. 64), twijfelen zij aan het nut van het «afzien van de uitkeringen» (blz. 65), wijzen zij op de contradictie in de artt. 126 en 128 tussen de toelating van kosteloos werk met toelating, en het verbod van dergelijk werk in bepaalde sectoren en tijdens de werkuren, en voor zover niet tevoren uitgeoefend (blz.

81), en zij laten zich erg kritisch uit tegenover de nog steeds staande bepaling over de ontzegging van uitkeringen bij «algemeen bekend wangedrag» (blz. 156).

Het werk is vooral nuttig door de grote praktische bruikbaarheid ervan. Het gaat uit van de gevallen die men in de praktijk ontmoet (bv. moeilijkheid om te berekenen of arbeid wel volgens de schalen betaald is, en mogelijkheden van regularisatie ervan, blz. 52-54) en geeft praktische voorbeelden (zoals bv. van echtgenoten met diverse inkomenssituaties die het recht op werkloosheidsuitkeringen kunnen beïnvloeden, blz. 169).

Het werk is volledig tot en met de wijzigingen verschenen in het Staatsblad op 15 november 1986, dat wil zeggen dat de nieuwe berekeningswijze van de uitkeringen en de nieuwe regeling inzake langdurige werkloosheid (art. 143) erin zijn opgenomen.

Indien men enige kritiek zou willen uitbrengen, zou deze gericht zijn op bepaalde aspecten van de terminologie en van de gemaakte indeling. Het zal voor de gebruiker niet evident zijn de beroepsopleiding te gaan zoeken onder de term «stagiaires», en deze te vinden onder deel V «Les catégories spéciales», samen met de jonge afgestudeerden, de gehandicapten e.d. Zo ook is het niet evident dat de terugvordering van ten onrechte uitbetaalde uitkeringen onder «procédures» moet worden behandeld, en zal men tevergeefs bij de regels over de toegang tot de hoedanigheid van uitkeringsgerechtigde de verlenging van de referentieperiode zoeken, die alleen behandeld wordt bij die over het behoud van de hoedanigheid van uitkeringsgerechtigde. Gelukkig is er een goede en duidelijke inhoudstafel met zaakregister op het einde van het boek om alles op het spoor te komen.

Een gelukkig boek, dat velen tot nut zal zijn, en dat onmisbaar is voor wie zich bezighoudt met de verdediging van werklozen in R.V.A.-zaken.

J. Van Langendonck

#### Aangekondigd

J. BILLIET, *De Belgische concessiewet: een situatieschets*, Brussel Eclectica, 78 p.

M. BLANKMAN, e.a., *Het EVRM en het Nederlandse en Belgische familierecht*, Zwolle, Tjeenk Willink.

G.F.M. BOSSERS, *Welk eene natie die de jury gehad heeft, en ze weder afschaft: de jury in de Nederlandse rechtspraktijk (1811-1813)*, (diss. Amsterdam), Delft, Eburon, 176 p.

R.V. DE MULDER, *Een model voor juridische informatica*, (diss. Rotterdam), Lelystad, Vermande, 271 p.

J.L. GOVAERTS en J. ZANARDI, *Onmiddellijk ontslag wegens dringende reden (praktische handleiding)*, Brussel, Uitg. Auxis, ca. 450 p., 3.500 fr.

B. HAUBERT, *Politique énergétique et pouvoir régional: le cas de la Wallonie*, Brussel, Bruylant, 198 p., 1.484 fr.

H.P.J. OPHOF, *Hoofdelijke aansprakelijkheid: solidariteit of apartheid?*, (inaugurale rede V.U. Amsterdam), Deventer Kluwer, 28 p.

L. SCHUERMANS en F. WACHSSTOCK, *Geweld en terreur, een onderzoek naar de aansprakelijkheid aanspraak- en verzekeringsmogelijkheden van slachtoffers*, in *Reeks Aansprakelijkheidsrecht*, 6, Antwerpen, Maklu, 155 p.

*Straffen in gerechtigheid*, (Bundel W.H.A. Jonkers), Arnhem, Gouda Quint, 388 p.

N. SYBESMA-KNOL en K. WELLENS, *Enige volkenrechtelijke vragen rond de Nederlandse Taalunie*, 's-Gravenhage, Bibliographia Neerlandica, 320 p.

C. VANDERVEEREN, P. VAN ROMPUY, D. HEREMANS en E. HEYLEN, *De economische en monetaire unie in de Belgische staats-hervorming*, in *Reeks Recht en Economie*, Antwerpen, Maklu.

P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling bij geschillen over directe rijksbelastingen*, (diss. K.U. Leuven), Antwerpen, Kluwer, 588 p.

J. VELU, *Droit public, I, Le statut des gouvernants*, Brussel, Bruylant, 887 p., 6.310 fr.

## MEDEDELINGEN

### Studiedag Nederlandse Juristenvereniging - Vlaamse Juristenvereniging in Alde-Biezen op 3 april 1987

Voor de eerste maal in de lange geschiedenis van Nederlandse en Vlaamse Juristenvereniging werd een gezamenlijke studiedag georganiseerd in het prachtige domein Alde-Biezen te Rijkhoven-Bilzen.

De respons, uitgedrukt door de aanwezigheid van meer dan tweehonderdvijftig juristen uit Noord en Zuid, was zó verheugend, dat voorzitter prof. Storme zich in zijn slottoespraak gelukkig mocht prijzen «avoir réalisé à l'âge mûr un rêve de sa jeunesse».

In de aanwezigheid van de eerste-voorzitter van het Hof van Cassatie, van de voorzitter van het Arbitragehof, de vice-president van de Hoge Raad der Nederlanden, van eerste voorzitters van hoven van beroep en arbeidshoven, en van talrijke korpschefs, erkende prof. Storme waardering voor de Vereniging en hoge belangstelling voor het thema van de studiedag, «De (on)afhankelijkheid van de rechterlijke macht t.o.v. de regering in België en Nederland».

In het bijzonder verwelkomde hij stafhouder Blomme, deken van de Nationale Orde van Belgische Advocaten, en vele advocaten, die hij de bij de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht meest betrokken partners noemde.

Gouverneur Vandermeulen begroette hij hartelijk als gastheer van Alde-Biezen, en een bijzonder welkom richtte hij tot de vele vertegenwoordigers van de Nederlandse Juristenvereniging, geleid door haar voorzitter, prof. Polak.

Als gemeenschappelijke vergaderplaats werd doelbewust voor Limburg geopteerd. Het behoort tot het Benelux-middengebied, «in het binnenland van de vriendschap».

De voorzitter dankte de eminente rapporteurs, de heer J. Delva, voorzitter van het Arbitragehof, en de heer I. Verburch, raadshoofd in de Hoge Raad der Nederlanden, voor hun uitgebreide rapporten, die de basis der besprekingen zouden vormen, en die met gezag vermogen te spreken in een tijd waarin «het recht geen rustig bezit meer is».

Een bijzonder woord van dank richtte prof. Storme tot mr. Alofs, die, bijgestaan door de heren Van Isacker en Noben, als organisators gulden sporen verdienen.

De vergadering stemde er eenparig mee in mr. Alofs als bestuurslid van de Vereniging voor te stellen.

Beide rapporteurs lichtten hierna hun nota bondig toe. De heer Delva wees op de behoefte aan onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in verband met benoemingspolitiek en promotienormen, aan infrastructuur en gepaste materiële uitrusting voor de ambtsuitoefening, en op de behoefte aan bescherming van de rechterlijke functie en aan onafhankelijkheid tegenover de publieke opinie en de media.

In verband met de benoemingspolitiek schreef de heer Delva: «De zorg voor de ideologische weerspiegeling van de opinie bij de recrutering mag niet onttaarden in een obsessievolle evenredigheidsdosering van de politieke kleuren, ten koste van de kwaliteitsinbreng», en stelde hij vast dat, mede naar aanleiding van het wetsvoorstel Cereixe en Weckx van 29 oktober 1986, door korpschefs, afgevaardigden van de Nationale Commissie van de Magistratuur, professionele en vakbondsverenigingen van magistraten duidelijk stelling werd genomen voor depolitisering van de benoemingen.

De heer Verburch wees erop dat het Nederlandse systeem van werving en selectie van magistraten hierin grondig van het Belgische verschilt dat de helft van het aantal benoemingen gebeurt via de RAIO (rechterlijk ambtenaar in opleiding) voorbereiding, en de andere helft via het aantrekken van «buitenstaanders» (o.m. advocaten, universitaire docenten, bedrijfsjuristen). Al deze kandidaten worden voorgedragen door adviescommissies. Hun adviezen worden bijna steeds gevolgd, maar de minister kan ze terzijde schuiven. In dat geval duikt mogelijk het probleem van politisering op.

Terwijl in België wordt gemeend dat de rechterlijke macht een afspiegeling moet zijn van levensbeschouwelijke en politieke strekkingen, is elke vraag naar de politieke strekking van de kandidaat in Nederland taboe.

De onafhankelijkheid van de magistratuur is het best gewaar-

borgd als onafhankelijke personen er deel van uitmaken. Bij selectie moet dan ook niet alleen aan intelligentie en verbale mogelijkheden belang worden gehecht, maar ook aan onafhankelijkheid van karakter en denken. Wanneer de rechter geen persoonlijkheid bezit, bestaat geen ware onafhankelijkheid. Het afleggen van ernstige psycho-technische proeven door kandidaat-magistraten, zoals in Nederland stelselmatig gebeurt, zou verdedigd kunnen worden.

Het is onmogelijk in dit korte bestek een overzicht te brengen van alle opmerkingen en discussiepunten, die tijdens uren van levendige gedachtenwisseling werden behandeld.

Er werd op gewezen dat de vrije rechtsvorming in Nederland markante ontwikkelingen kent (bijvoorbeeld de bepaling van het begrip «gezin»), mede onder invloed van pressiegroepen, en de vraag werd gesteld of de rechtszekerheid hiermee wel wordt gediend.

Het gezag van de rechterlijke macht bestaat erin op vreedzame wijze geschillen te beslechten. Is dit gezag nog wel onaangestast?

Door sommigen wordt politisering van benoemingen en bevorderingen onvermijdelijk en in zekere zin wenselijk geacht. Hierbij moet echter maat worden gehouden, en zou zich nooit het benoemen van onbekwamen of het weren van bekwamen om politieke redenen mogen voordoen. In feite zijn benoemingen en bevorderingen thans het resultaat van een samenspel, met een zekere soepelheid, tussen de drie machten.

Zo werd, in de periode 1975-1985, 50% van de aan de hoven van beroep benoemde raadsheren voorgedragen zowel op de lijst van de politieke als van de gerechtelijke instantie.

Voor pluralistische samenstelling van de rechtbanken pleit het feit dat de rechter hoe langer hoe meer moet beslissen op politiek omstreden tussengebieden. Alleen bij een pluralistische samenstelling van de magistratuur zal zijn uitspraak het vertrouwen van de rechtsonderhorigen genieten.

Een Raad van de Magistratuur, door het Parlement verkozen, en levensbeschouwelijk en politiek evenwichtig samengesteld, zou een belangrijke bevoegdheid kunnen bezitten voor benoemingen en promoties. De werking van zulk een Raad zou het vertrouwen van de bevolking in de onafhankelijkheid van de rechter bevorderen.

Door het politiseren blijven echter vaak benoemingen gedurende al te lange tijd uit. Dit zou alleszins moeten worden vermeden, daar de rechtsonderhorigen hiervan het slachtoffer zijn.

Er werden, o.m. door prof. Krings, voorstellen geformuleerd om de kandidaat-rechter een stage te doen volgen door het deelnemen aan de voorbereiding van de wetgeving.

Van Nederlandse zijde werd voorgesteld dat de studenten zouden worden getraind in het formuleren van wetteksten, en dat de kandidaat-rechter een gedeelte van de RAIO-tijd zou doorbrengen op het departement van Justitie.

De heer Verburgh pleit voor het handhaven van de psycho-technische rapporten voor elke benoeming op elk niveau. Zij vormen een hulpmiddel, dat soms een rapport kan relativeren, en voor zekere gevaren behoeden. Niettemin zal men zich op basis van andere criteria een oordeel vormen, alvorens kennis te nemen van het psycho-technische rapport.

Hij is niet principieel gekant tegen het benoemen in de magistratuur van vertegenwoordigers van extreme stellingen in de rechtsstaat, doch wijst op het gevaar dat ze bij de uitoefening van hun beroep zouden kunnen denken volgens een methode, die niet «des goeden rechters» is.

De taak van elke rechter bestaat er uiteindelijk in de eigen subjectiviteit te objectiveren.

Er wordt sterk aangedrongen op bevordering van de «logistieke onafhankelijkheid» van de rechter, door een ruimer en efficiënter toerusting met gebouwen en apparatuur. Prof. Brunner stelde voor dat hiertoe een bijzondere begroting zou worden opgesteld.

Het werd opportuun geacht dat de magistratuur zou deelnemen aan voorbereiding van de wetgeving. Dit gebeurt thans reeds bij spontane reacties van magistraten na lezing van bepaalde voorbereidende stukken, en vooral door middel van consultaties door de minister van Justitie van de procureurs-generaal.

De media oefenen zeker invloed uit op de onafhankelijkheid van de rechter.

Een welbegrepen journalistiek kan in dit verband heilzaam zijn, omdat zij een controle uitmaakt op de macht. Door deze controle kan in sommige omstandigheden echter het onafhankelijkheidsgevoel van de rechter in het gedrang komen.

Vaak moet de rechter oordelen over maatschappelijk omstreden vragen, waarvoor nog geen wettelijke normering bestaat. Hij zal zich zo volledig mogelijk op de hoogte stellen en nagaan welke oplossing voor de maatschappij aanvaardbaar voorkomt. In voorkomend geval zal de rechtspraak, wanneer zij bijvoorbeeld «flinke gaten schiet in de begroting», leiden tot het indienen van wetsontwerpen, die een wettelijke regeling van de bewuste materie beogen.

Na deze uren van geanimeerde discussie — waaruit menig onderwerp voor latere bijeenkomsten kon worden gedistilleerd — dankte prof. Polak, de voorzitter van de Nederlandse zustervereniging. Hij drukte zijn vreugde uit over het grote aantal aanwezigen, de actualiteit en het belang van de behandelde onderwerpen.

Allicht vertolkte hij de overtuiging van allen toen hij stelde dat zulke contacten, van rechtsbeoefenaars uit beide landen, en gewijd aan onderwerpen die voor allen actueel zijn, om herhaling vragen. Als teken van waadering overhandigde hij aan prof. Storme de bundel «De rechter als dictator?», opgesteld ter gelegenheid van het RAIO-congres, dat enkele weken geleden werd gehouden.

Namens het provinciebestuur dankte de heer Swennen de voorzitter van de Vlaamse Juristenvereniging en de organisatoren omdat voor «deze dag van rechtsvergelijking in de meest dynamische zin van het woord» de provincie Limburg werd gekozen.

Een gelukkige voorzitter had het laatste woord. Hij kondigde aan dat de Vlaamse Juristenvereniging samen met de Vereniging Europees Recht op 15 mei e.k. ter gelegenheid van Flanders Technology een studiedag organiseert over technologie en recht, met de Vlaamse Gemeenschap en de Amerikaanse Ambassade over federalisme (17 oktober 1987) en dat op 23 april 1988 te Brussel het 33e rechtscongres van de vereniging zal worden gehouden met als algemeen thema «Aansprakelijkheid». Hij dankte de eminente rapporteurs, de uitstekende organisatoren en de vele Nederlandse en Vlaamse juristen.

In en om Alde-Biezen weerklonk het nieuwe geluid van een ontmoeting van Vlaamse en Nederlandse juristen.

Limburg toonde zich een stijlvolle en zeer hartelijke gastheer. En was hierbij buitengewoon gelukkig gediend door het decor van de heerlijke landcommanderij, die met de waardigheid van al haar herwonnen luister pronkte in een landschap, dat met heel voorzichtigte groene vingers de lente inzette, en waarin zelfs, toen de avond was gevallen, ter ere van veel vriendschap en geleerde bedrijvigheid, even een nachtegaal zong.

*M. Claesen*

### De etherreclame in België: het wettelijk kader

Ter aanvulling van de bijdrage met die titel, verschenen in *R. W.*, 1986-87, 2129-2142, kan worden meegedeeld dat intussen de wet van 6 februari 1987 betreffende de radiodistributie- en de teledistributienetten en betreffende de handelspubliciteit op radio en televisie is bekendgemaakt in het *B.S.* van 3 april 1987.

Het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 28 januari 1987 betreffende het overbrengen van klank- en televisieprogramma's in de radio- en teledistributienetten en betreffende de erkenning van niet-openbare televisieverenigingen is gepubliceerd in het *B.S.* van 19 maart 1987.

*J.C.*

### Nederlandse Stichting ter bestudering van het Chinese Recht

Op 16 maart 1987 werd door mevrouw prof. dr. D. Kokkini-Iatridou (RUU), prof. mr. P. Van Dijk (RUU), mr. G.R. De Groot (RL), prof. mr. E.H. Hondius (RUU), dr. Ko Swan Sik (T.M.C. Asser Instituut, Den Haag) en dr. A.J. Saich (Sinologisch Instituut RUL) deze stichting opgericht met als doelstellingen de bestudering van het recht van de Volksrepubliek China en de verspreiding van kennis van/en inzicht in dit recht.

De Stichting wil vooral gaan fungeren als contactorgaan voor degenen die zich bezighouden met het Chinese recht, zowel in Nederland als daarbuiten.

Voor verdere informatie: prof. G.R. De Groot, Rijksuniversiteit

Limburg te Maastricht, tel. : overdag 043-887777 (toestel 215), 's avonds 043-251106.

**Evolutie van de sociale zekerheid voor werknemers in België tijdens het jaar 1985**

In 1985 werden aan de sociale zekerheid voor werknemers talrijke wijzigingen aangebracht. De algemene regeling bijvoorbeeld onderging zeven wijzigingen en inzake de bijdragen was de evolutie onderwerp van de herstelwet van 22 februari alsook van deze van 1 augustus 1985.

De brochure: «Evolutie van de sociale zekerheid voor werknemers in België tijdens het jaar 1985» geeft de diverse wijzigingen inzake de wetgeving op dit gebied weer met de nodige uitleg.

Buiten en behalve de wijzigingen inzake «werkingsfeer» en «bijdragen» beoogt ze de evolutie te schetsen van de onderscheiden takken van de sociale zekerheid en de sociale bijstand ressorterend onder de bevoegdheid van het Ministerie van Sociale Voorzorg, (ziekte- en invaliditeitsverzekering, rust- en overlevingspensioenen, gezinsbijslag, arbeidsongevallen, jaarlijkse vakantie, tegemoetkomingen aan de minder-validen, gewaarborgd inkomen voor bejaarden) alsmede deze van de zeelieden ter koopwaardij.

De brochure die werd opgesteld door de Dienst voor Juridische Studiën van het Departement is bestemd voor een geschoold publiek (juristen, studenten in sociaal recht, maatschappelijk werkers, ...) doch ook voor allen die bij de sociale zekerheid betrokken zijn.

De aflevering is verkrijgbaar door storting van 100 fr. op girorekening nr. 000-2005866-03 van het Ministerie van Sociale Voorzorg, Dienst Publikaties, Zwarte Lievevrouwstraat 3C, 1000 Brussel.

**BERICHTEN**

**Studienamiddag : verontreiniging van oppervlaktewater**

De Belgische Vereniging voor Milieurecht organiseert een cyclus studienamiddagen over het huidige Belgische en Europese milieurecht.

De eerste studienamiddag werd gehouden te Brussel op 18 maart 1987 met een voordracht van prof. Jacqué (Universiteit Straatsburg) over het onderwerp «L'acte unique Européen et la politique de l'environnement».

De tweede studienamiddag over het thema «Verontreiniging van oppervlaktewater» vindt plaats op 22 mei 1987 te 14.00 uur in de Europazaal, Ravensteinstraat 2, 1000 Brussel. Sprekers zijn: P. Kromarek (Institute for European Environmental Policy, Bonn), Van Peel (Waterzuiveringsmaatschappij voor het kustbekken) en F. Van Remoortere.

Inlichtingen: Belgische Vereniging voor Milieurecht, Seminarie voor Burgerlijk Recht, Universiteitstraat 4, 9000 Gent, tel. 091/25.76.51 (329).

**VIIIe Wereldcongres Procesrecht — 24-28 augustus 1987 in Utrecht**

Dit congres met als hoofdthema «Een efficiënte rechtspleging (Justice and efficiency)» wordt georganiseerd onder auspiciën van de Internationale Vereniging voor Procesrecht en de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht in nauwe samenwerking met de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Utrecht. Als organisator treedt op de Stichting Procesrecht.

De subthema's en de generaal-rapporteurs zijn: Oorzaken en ontstaan van de huidige problematiek van overbelasting: a) historisch overzicht: V. Gimerno Sendra (Alicante); b) procesrechtelijk overzicht: R. Perrot (Parijs); c) sociologisch overzicht: M. Borucka-Arctova (Krakau).  
Verbeteringen in de burgerlijke procesvoering ontleend aan arbi-

trage: W. Habscheid (Zürich) en P. Schlosser (München).  
Verbeteringen in de burgerlijke procesvoering ontleend aan administratiefrechtelijke procedures: B. Garth (Michigan).  
Informeel alternatieven voor resp. binnen de gewone procesgang (o.a. kleine vorderingen): Y. Taniguchi (Kyoto) en E. Blankenburg (Amsterdam).

Gebruik en misbruik van het kort geding: P.A.M. Meijknecht (Utrecht).

De aanpak van de overbelasting in beroepsinstanties, daaronder begrepen cassatierechtspraak: T. Jolowicz (Cambridge) en J. Nemeth (Budapest).

Verbeteringen van de procedures voor de tenuitvoerlegging en de erkenning van buitenlandse vonnissen en arbitrale uitspraken: J. Barbosa Moreira (Rio de Janeiro) en K. Kerameus (Athene).

Het gebruik van technologie en informatica in de gerechtshandhaving: A.W. Koers en W.D. Pelger (Utrecht).

Vereenvoudiging van de bewijsvoering: V. Denti en M. Taruffo (Pavia).

Al deze onderwerpen zullen in plenaire sessies worden besproken en de meeste eveneens in werksessies. De conferentietalen zijn: Engels, Frans, Duits en Spaans.

Nadere gegevens alsmede inschrijvingsformulieren zijn te verkrijgen bij: Provincial Convention Bureau, Postbus 902, 3800 AX Amersfoort, tel. 033-19475.

**Symposium te Utrecht — Het nieuw BW in perspectief**

Ter gelegenheid van het 150-jarig bestaan van het BW in 1988, alsmede ter herinnering van het feit dat prof. mr. E.M. Meijers 40 jaar geleden — op 25 april 1947 — bij KB de opdracht kreeg tot het ontwerpen van een Nieuw Burgerlijk Wetboek, organiseert het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de R.U. Utrecht op vrijdag 23 oktober a.s. een symposium omtrent dit nieuwe wetboek. De praktische uitvoering is in handen van prof. mr. E.H. Hondius, mr. W. Th. Braams en mr. C.C. van Dam.

Het programma ziet er — onder voorbehoud — als volgt uit: Na ontvangst van de deelnemers (9.30 uur), zal de ochtendzitting (10.00-12.00 uur) gewijd zijn aan de «hercodificatie» als zodanig. Tegen de achtergrond van het Nieuw BW berichten M. Storme (Gent), M.R. Will (Saarbrücken) en J. Calais-Auloy (Montpellier) over de stand van zaken met betrekking tot de «hercodificatie» in hun eigen land. G.J.W. Steenhoff (Utrecht) beschouwt de ontwikkelingen in Engeland. De discussie wordt ingeleid door A.S. Hartkamp (Den Haag). In de middagsessie (14.00-17.00 uur) staan twee onderwerpen centraal die in het Nieuw BW een regeling hebben gevonden. Zij worden aan rechtsvergelijkende beschouwingen onderworpen.

De «groepsaansprakelijkheid» (art. 6.3.1.5) — actueel in verband met schade door vandalisme en demonstraties — wordt besproken in het licht van het Duitse (C.J.J.M. Stolker, Leiden) en Franse (J. Calais-Auloy) recht. Referent is C.C. van Dam (Utrecht).

De ontwikkeling van de algemene aansprakelijkheid voor «gevaarlijke voorwerpen» die zijn beslag heeft gekregen in twee complementaire bepalingen — de artt. 6.3.2.5 (aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken) en 6.3.2.6 (aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen) — wordt besproken vanuit Belgisch (L. Cornelis, Brussel) en Duits (M.R. Will) perspectief. G.E. van Maanen (Groningen) treedt op als referent.

Ter gelegenheid van het symposium zal een bijzonder nummer van het Kwartaalbericht Nieuw BW verschijnen, waarin inleidings- tot de verschillende onderwerpen zijn opgenomen.

Kosten: voor abonnees Kwartaalbericht Nieuw BW f 39,50; voor niet-abonnees, aan wie het bijzonder nummer van het Kwartaalbericht zal worden toegezonden, f 49,50. Een lunch is bij de prijs inbegrepen.

Inschrijving: door aanmelding bij het secretariaat van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Nieuwe Gracht 60, 3512 LT Utrecht (030-393153) onder gelijktijdige storting van de verschuldigde inschrijfkosten op giro nr. 3377218 t.n.v. mr. W. Th. Braams, Kwartaalbericht Nieuw BW, Utrecht, onder vermelding van «Symposium Nieuw BW». Voor nadere informatie kan men zich eveneens wenden tot het secretariaat van het Molengraaff Instituut.