

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE: RIDDER RENÉ VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

REDACTIEADRES: PROF. MR. RIDDER RENÉ VICTOR, BRITSELEI 40, 2000 ANTWERPEN

DE WET BETREFFENDE HET STATUUT VAN DE BANKEN, DE PRIVATE SPAARKASSEN EN BEPAALDE ANDERE FINANCIËLE INSTELLINGEN

Op 19 juni 1974 heeft de Regering, ingaande op de door de Commissie De Voghel geformuleerde voorstellen en op het door de Hoge Raad van Financiën, de Bankcommissie en de Nationale Bank van België in verband met die voorstellen gegeven advies, bij de Senaat een wetsontwerp ingediend tot wijziging van het statuut van de banken, de private spaarkassen en bepaalde andere categorieën van financiële instellingen*.

Het hoofddoel van dat ontwerp was, door het nader tot elkaar brengen van de statuten en van de controlemodaliteiten van bepaalde categorieën van financiële instellingen, de geordende voortzetting van de tendens tot branchevervaging mogelijk te maken en de hinderpalen uit de weg te ruimen die de ontwikkeling in de weg staan van de gediversifieerde diensten die door hun respectieve cliënteel van hen worden gevraagd. De centralisatie van de controle op de private spaarkassen en banken moet in dat zelfde perspectief worden geplaatst. Bovendien bevat het ontwerp nog diverse door de onderzinking ter zake gegeven aanpassingen van de wetgevingen die daarop betrekking hebben zonder evenwel het basisconcept ervan te wijzigen.

Op het ogenblik dat de bespreking van het ontwerp in de Senaat zou worden ingezet werden in een grote bank van het land een aantal onregelmatige wisselverrichtingen ontdekt volgend op in diverse andere vreemde landen geregistreerde gebeurtenissen die eveneens hun oorsprong vonden in wisselverrichtingen.

Hoewel sedert meer dan 35 jaar geen enkele deponent bij een Belgische financiële instelling zijn tegoeden in gevaar zag gebracht, of zelfs eenvoudigweg bevroren, heeft de ontdekking van die onregel-

matigheden bij de openbare opinie twijfels doen rijzen omtrent de doeltreffendheid van het wettelijk statuut en van de controle op de financiële instellingen zodat de Kamer op 17 oktober 1974 een resolutie goedkeurde waarbij akte werd genomen van het voornemen van de Regering om, na bij bevoegde instanties advies te hebben ingewonnen, aan het Parlement een verscherping voor te stellen van de maatregelen die tot doel hebben de spaargelden van het publiek veilig te stellen.

Overeenkomstig die verbintenis heeft de Regering in januari 1975 bij het Parlement bijkomende voorstellen ingediend die hoofdzakelijk tot doel hadden de controle op de financiële instellingen te verscherpen. Tijdens de bespreking in de Senaat werden een aantal bijkomende amendementen goedgekeurd die, hetzij door de Regering werden voorgesteld, hetzij ontstaan zijn uit parlementaire initiatieven, zowel van de zijde van de meerderheid als van de zijde van de oppositie. Noch in de Senaat noch in de Kamer is er ook maar één stem opgegaan om zich te verzetten tegen de goedkeuring van het ontwerp in zijn geheel; de onthouding door een fractie van de oppositie werd gemotiveerd door de overweging dat het ontwerp, hoewel het enige verbetering bracht aan het vigerende stelsel, niet in voldoende mate beantwoordde aan de opvattingen die, naar het oordeel van die fractie, de wetgeving op de financiële instellingen moeten beheersen.

De Regering is ervan overtuigd dat zij, door het indienen van ontwerp en amendementen, niet alleen zich duidelijk uitgesproken en de verbintenis is nagekomen die zij ten opzichte van het Parlement had aangegaan maar dat zij tevens een belangrijke bijdrage heeft geleverd wat de wettelijke grondslagen betreft die de goede werking van 's lands financieel apparaat en de beveiliging van de spaargelden van het publiek moeten waarborgen.

* Zie Wet van 30 juni 1975 betreffende het statuut van de banken, de private spaarkassen en bepaalde andere financiële instellingen (*Staatsblad*, 2 augustus 1975).

De hoofdgedachten en -thema's van het ontwerp zijn de volgende :

- 1° branchevervaging bij de financiële instellingen ;
- 2° aanpassing van de wetgeving aan de huidige economie ;
- 3° aanpassing van het statuut en verscherping van de controle op de financiële instellingen ;
- 4° statuut van de Bankcommissie.

1. Branchevervaging bij de financiële instellingen

Ondanks de reeds in 1967 doorgevoerde aanpassingen van de wetgeving betreffende de private spaarkassen en van het statuut van de Algemene Spaar- en Lijfrentekas bleven die instellingen geprangd in een keurslijf van regels dat het hun onmogelijk maakte de gediversifieerde diensten te presteren die de spaarders vandaag de dag van financiële instellingen verwachten en waardoor deze laatste, gelet op de hevige concurrentie in die sector, zwaar gehandicapt bleven ten aanzien van de instellingen uit de privé-sector of uit de overheidssector die niet aan dezelfde beperkingen onderworpen zijn.

Uit dat oogpunt gezien brengt het ontwerp een verruiming van het gamma van verrichtingen en diensten die door de Spaar- en Lijfrentekas mogen worden geleverd en voert het, met betrekking tot de private spaarkassen, een statuut in dat het hun mogelijk maakt gediversifieerde verrichtingen te leveren, maar dat tevens de beheersverantwoordelijkheid en de vereisten inzake liquiditeit en solvabiliteit beklemtoont. Die zelfde bekommernis leidt ertoe het stelsel inzake controle op de diverse categorieën van financiële instellingen uit de privé-sector in ruime mate te doen overeenstemmen en de verantwoordelijkheid voor de goede werking en de controle ervan in handen van de Bankcommissie te centraliseren.

De tekst handhaaft evenwel stelsels die, wat bepaalde aspecten ervan betreft, verschillend zijn voor de banken, de private spaarkassen en de instellingen die onder de bepalingen vallen van hoofdstuk I van de Wet van 10 juni 1964. Het is inderdaad wenselijk gebleken de convergenties tot ontwikkeling te laten komen uitgaande van onderscheiden gehouden bepalingen en de vraag in verband met de wenselijkheid voor het invoeren van een gefusioneerd statuut te beantwoorden op grond van de ter zake opgedane ervaringen.

2. Aanpassing van de wetgevingen aan de nieuwe economische toestanden

Het wettelijk stelsel van de banken en de wetge-

ving betreffende de spaarkassen zijn hoofdzakelijk het produkt van de crisis van de dertiger jaren. De diepe invloed ervan is nog duidelijk te merken. Het raam waarin die instellingen thans hun bedrijvigheid uitoefenen wijkt in sterke mate af van dat van de jaren 1934 en 1935.

Noteren wij bij die aanpassingen inzonderheid de verhoging van het minimumkapitaal dat voor de uitoefening van de functie van financiële instelling vereist is, het in overeenstemming brengen van de wetgeving met het Europese recht, het in aanmerking nemen van de aan de toetreding verbonden risico's.

Overigens maken de voorgestelde teksten het mogelijk rekening te houden met de samenstelling van de passiva die uit hoofde van de omvang van de rekeningen op termijn en op boekjes, in sterke mate werd gewijzigd, met de feitelijke opvorderbaarheid van het grootste gedeelte van de spaargelden, met de omvang van de op de internationale markt met corresponderende bankiers afgesloten actieve en passieve verrichtingen, met de nieuwe krediettechnieken zoals de wentelkredieten, enz...

3. Verscherping van de controlemaatregelen

a) *Structuurcoëfficiënten*

De structuurcoëfficiënten die thans in de bankwetgeving voorgeschreven zijn hebben betrekking enerzijds op de uitsluitend in functie van de verbintenissen op zicht en op korte termijn beoordeelde liquiditeit, en anderzijds op de in functie van de verbintenissen gemeten solvabiliteit. Van haar kant legt de reglementering op de private spaarkassen een minimumquotiteit op van als definitief aangemerkte beleggingen en bepaalt ze minima en maxima voor de diverse categorieën van beleggingen die krachtens de wet uitdrukkelijk zijn toegelaten.

De nieuwe bepalingen ter zake zijn in de eerste plaats gekenmerkt door de eenmaking van de wettelijke basisregelingen voor die twee categorieën van financiële instellingen. Het tweede kenmerk is vervolgens de verruiming van de structuuraspecten die langs reglementaire weg vastgelegd kunnen worden, verruimd en gediversifieerd ; maar de tekst regelt eveneens de macht voor het opleggen van coëfficiënten en grenzen inzake risicoconcentraties, verrichtingen en wisselrisico's, participatie- en beleggingseffecten. Hierbij dient opgemerkt te worden dat de uiteindelijke bedoeling van die reglementaire bepalingen moet worden gezocht in de bekommernis het evenwicht van de individuele structuren te waarborgen, beoordeeld uit diverse oogpunten. Die finaliteit onderscheidt zich van die welke ten gronde kan liggen aan de normen die ter uitvoering van de Wet van 23 december 1973 werden uitgevaardigd en ingegeven zijn door bekommernissen inzake mone-

taire politiek en die, bijgevolg, nauw moeten aansluiten bij de snelle schommelingen van de mone-taire conjunctuur. Daartegenover staat dat de coëfficiënten die ter uitvoering van onderhavige bepalingen werden vastgelegd, hoofdzakelijk van structurele en dus van permanente aard zijn, behoudens dan de aanpassingen die wegens de fundamentele ontwikkelingen van het bankwezen noodzakelijk blijken.

b) *Organisatie van de controle*

De verscherping van de controle draait op twee spillen, enerzijds het systeem van het revisoraat en anderzijds de Bankcommissie.

Het systeem van het revisoraat blijft gehandhaafd wat de banken betreft en wordt, wat de private spaarkassen aangaat, de hoeksteen van de controle. De revisoren moeten de onbeperkte en volledige verantwoordelijkheids- en toezichtsplicht op zich nemen, die hun krachtens de wet en uit hoofde van hun aanwijzing als erkend revisor wordt opgelegd. De in het ontwerp opgenomen regels met betrekking tot hun aanwijzing, de duur van hun functies bij een zelfde bank en met betrekking tot het erkennings- en tuchtstelsel, hebben tot doel de doeltreffendheid van de controle door de revisoren te verhogen en te steunen en zijn geenszins bedoeld om de betekenis ervan af te zwakken.

Tegelijkertijd echter beklemtoont het ontwerp de verantwoordelijkheid en de controlemacht van de Bankcommissie. Terwijl in de huidige tekst bepaald is dat deze laatste dient te waken voor de naleving van het Koninklijk Besluit nr. 185, vermeldt het ontwerp expliciet dat de banken, de private spaarkassen en de door de Wet van 10 juni 1964 beheerste instellingen onderworpen zijn aan de controle van de Bankcommissie. Het geldt hier niet slechts een verschil in de tekst maar wel een basiskwestie. Die expliciete bevestiging zal, in de toekomst, rechtstreeks bepalend moeten zijn voor de werking ervan, voor de gedragingen van de betrokken instellingen en voor de interpenetratie van de wetgevingen waardoor ze worden beheerst. In dat verband dient gezegd dat de Bankcommissie, sedert haar oprichting, zich steeds terecht heeft beschouwd en beschouwd wordt, als de bij uitstek verantwoordelijke instantie voor de goede gang van zaken en de goede werking van de banksector. Het ontwerp beperkt er zich niet toe dat principe te bevestigen; het trekt er de logische gevolgtrekkingen uit en regelt opnieuw de machten ervan op diverse gebieden.

Naast de bepalingen betreffende de structuurcoëfficiënten waarover ik het zoëven had, dient hoofdzakelijk in aanmerking te worden genomen een verruiming van haar informatierecht, de bevoegdheid om enquêtes en expertisen te verrichten en het ver-

mogen om de dringend noodzakelijke herstel- en vrijwaringsmaatregelen te treffen.

De informatie van de controle-overheid, basis van haar actie, wordt verruimd. Die verruiming heeft betrekking op talrijke welbepaalde aspecten van de activiteiten en de toestand van de gecontroleerde instellingen: schuldvorderingen en risico's voortvloeiend uit relaties met bankiers, of uit kredietverrichtingen, samenstelling en wijziging van de effecten- en participatieportefeuille, enz.

Van groter belang is de bevoegdheid die aan de Commissie wordt verleend om zich alle informatie betreffende de organisatie, de werking, de toestand en de verrichtingen van de banken te doen verschaffen. Deze tekst, die het gevolg is van het principe dat de financiële instellingen aan de controle van de Bankcommissie zijn onderworpen, verleent aan deze laatste het recht om inlichtingen te vragen omtrent alle aspecten van het bestaan van die instellingen; het betreft een bevoegdheid die in principe geen andere beperkingen heeft dan die van de bepaling luidens welke de Commissie slechts relaties kent tussen de bank en een bepaalde cliënt, voor zover die vereist zijn voor het controleren van de bank. Men wijst vooral op het recht van de Bankcommissie om te informeren naar de organisatieaspecten van de bank; de ervaring wijst immers uit dat talrijke bankrisico's voortvloeien uit gebreken of onvolkomenheden inzake organisatie. Het is beslist niet de taak van de Commissie om zich in de plaats van de beheersorganen te stellen wat de aangevonden organisatie methodes betreft, maar wel om te onderzoeken of die methodes de nodige waarborgen bieden voor de veilige werking van de bank.

Het vermogen om in de bij de wet bepaalde gevallen rechtstreeks navorsingen te doen en expertisen te verrichten vertegenwoordigt een tweede fase van de bemiddeling van de Bankcommissie. Die navorsingen kunnen betrekking hebben op het naleven van de wettelijke en reglementaire bepalingen en op de realiteit van de aan de Bankcommissie verstrekte informatie. Wanneer aanwijzingen doen oordelen dat de toestand van de bank verslechtert, dat de organisatie ervan mank loopt of dat de controle van de revisoren in gebreke blijft, stellen de teksten de Bankcommissie in staat om door middel van enquêtes de zaak op te helderen en de tekorten te ontdekken om elke ongewenste ontwikkeling te vermijden.

Ten slotte voorziet het ontwerp, in tegenstelling met de huidige tekst die de Bankcommissie geen enkele rechtstreekse bevoegdheid tot bemiddelen verleent wat de kern betreft, in verschillende herstel- en vrijwaringsmaatregelen, die zo gegradueerd zijn dat aan de diverse toestanden het hoofd kan worden geboden en inzonderheid, als ultima ratio, de intrekking van de inschrijving of van de machtiging, dat wil zeggen het verbod om de activiteit van fi-

nanciële instelling verder te zetten. Die maatregelen, die van administratieve aard zijn, kunnen worden aangevuld door een tussenkomst van het H.W.I. die erin bestaat door middel van maatregelen inzake mobilisatie van activa de eventuele liquiditeitsproblemen op te lossen.

Die zelfde procédés werden op initiatief van de Regering uitgebreid tot de gevallen waarin een financiële instelling een bijzonder mechanisme zou aanvaarden dat tot doel of tot gevolg heeft de belastingontduiking door derden te begunstigen.

Hierdoor wilde de Regering de aanbeveling, die zij enkele maanden geleden aan de financiële instellingen had gedaan, in de wet doen bekrachtigen en doen gepaard gaan met adequate en aangepaste sancties, en die erin bestaat de belastingontduiking tegen te gaan en het aanwenden van elk bijzonder mechanisme te weren dat, zelfs al heeft het niet rechtstreeks betrekking op de belastingontduiking, tot doel heeft ze te vergemakkelijken of tot gevolg heeft ze te begunstigen. Hoewel die bepaling alleen de financiële instellingen van de privé-sector beoogt, zal de Regering overeenkomstige instructies geven aan de commissarissen die haar vertegenwoordigen bij de openbare kredietinstellingen.

4. Het Statuut van de Bankcommissie

De Regering heeft de Bankcommissie haar eigen karakter, dat sommigen als economische magistratuur hebben bestempeld, willen doen behouden. Zonder te lang uit te weiden over die termen zou ik er de nadruk op willen leggen dat de onafhankelijkheid en de beslissingsautonomie bij de toepassing van de wet en bij de beoordeling van de in-

dividuele toestanden alsmede de macht tot erkenning en tot handhaving van de tucht die haar werd verleend, een aanpak van de problemen en bijgevolg ook een statuut impliceren dat, gepaard gaande met een technische bevoegdheid in financiële zaken, de bescherming van het algemeen belang waarborgt. Overigens dient in aanmerking te worden genomen dat de Bankcommissie, naast haar taak in het beheer van de financiële instellingen, een zeer belangrijke functie uitoefent op het gebied van de kapitaalmarkt door het toezicht op de inlichtingen die haar naar aanleiding van openbare emissies worden gegeven, en door de rechtsregels en de principes van financiële deontologie die zij steeds heeft bevorderd. De ondervinding in het verleden lijkt voor de Regering een waarborg voor de toekomst en het statuut dat zij thans heeft lijkt ruimschoots te hebben bijgedragen tot haar krediet.

Tot besluit zou ik nog willen zeggen dat de goede werking van het financieel apparaat van het land niet voortvloeit uit de wettelijke bepalingen alleen noch uit de invoering alleen van een controle, hoe adequaat deze ook moge wezen.

Het is eerst en vooral de taak van degenen die, in de leiding van de ondernemingen, de verantwoordelijkheid over het beheer ervan op zich namen. Ik wil hier een beroep doen op hun verantwoordelijkheidszin en op hun bekwaamheid opdat hun activiteit betreffende het algemeen belang kan worden uitgeoefend met alle doeltreffendheid en alle oprechtheid waarop het land recht heeft.

Willy DE CLERCQ
Minister van Financiën

AUDIOVISUELE REPORTAGE EN PERSOONLIJKHEIDSRECHTEN VAN DE AUTEURS ERVAN

Het ligt in mijn bedoeling om in deze studie enkele principes m.b.t. de persoonlijkheidsrechten van de auteur in het algemeen in herinnering te brengen en de vraag te beantwoorden wie als auteur van een radiovisuele reportage aan te merken is, dit naar aanleiding van het in dit nummer opgenomen casusarrest van 12 september 1975 in de zaak Van den Daele/BRT (geschil over de uitzending van de t.v.-reportage: "Dure electriciteit").

I. Het persoonlijkheidsrecht van de auteur

1. Heden onderscheidt men de volgende persoonlijkheidsrechten van de auteur :

- het recht der paterniteit (le droit de la paternité) ;
 - het recht van verspreiding (le droit de divulgation) ;
 - het recht tot inkeer of van terugneming (le droit de repentir ou le droit de retrait) ;
 - het recht op integriteit (le droit au respect).
- (Zie G. Gavin, *Le droit moral de l'auteur dans la jurisprudence et la législation française*, 1960, nr. 18, blz. 30 ; H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 2e uitg., 1966, nrs. 384 tot 461 ; *Jur. Clas. Pér.*, v° *Propriété littéraire et artistique*, fasc. 8, nr. 4.

Van Isacker vermeldt dezelfde rechten doch herleidt ze tot drie : het recht der paterniteit, het be-

schikkingsrecht, het *recht op integriteit*. Het recht tot inkeer of van terugneming is volgens hem begrepen in het beschikkingsrecht, waarvan het een modaliteit van uitoefening is (Van Isacker, *De morele rechten van de auteur*, 1961, nrs. 17 en 18). P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, blz. 305, aanvaardt dit niet: "Pour certains, le droit de retrait serait un corollaire ou un prolongement du droit de divulgation. Cette déduction paraît assez audacieuse. Car le droit de divulguer entraîne certainement le droit de ne pas divulguer, mais non le droit d'avoir regretté d'avoir divulgué. Le regret ne peut être à l'origine d'un droit".

Ook de *Novelles, Droit d'auteur*, nrs. 84-89, Remouchamps, *Auteursrecht*, Administratief lexicon, nrs. 13-17, en de R.P.D.B., v° *Droit d'auteur*, nrs. 225-247, vermelden op ongeveer gelijke, doch minder uitgewerkte wijze deze rechten.

2. In Nederland omvat men ze onder de benaming "het persoonlijkheidsrecht van de auteur", een verzamelnaam voor al de bevoegdheden van de auteur "welke op grond van de hoogst persoonlijke band tussen de maker en zijn werk, zich verzetten tegen een onverkorte toepassing van de regels van het gemene recht". "De opsomming is niet limitatief maar is wel de neerslag van wat internationaal aanvaardbaar geacht wordt." (M. Pfeffer en S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de auteurswet 1912*, 2e uitg., 1973, blz. 201 en 205).

3. In de Belgische doctrine wordt dit "persoonlijkheidsrecht van de auteur" bij de nederlandstalige schrijvers met het gallicisme "morele rechten" omschreven en in de Belgische wetgeving vindt men het terug in de artt. 1 en 8 van de Wet van 22 maart 1886 en in art. 6bis van de Conventie van Bern. Het enige voordeel van dit woord is dat het een duidelijk onderscheid toelaat tussen de algemene persoonlijkheidsrechten van de mens enerzijds en de persoonlijkheidsrechten van de auteur op zijn creatie anderzijds.

Sinds de Wet van 27 juli 1953 mogen de Belgen de bepalingen van de Conventie van Bern invoeren in al de gevallen waar zij gunstiger zijn dan de bepalingen van de wet van 1886.

4. Voor de terminologie zullen we ons hierna houden aan die voorgesteld door Van Isacker, die de enige auteur is van een grondig Belgisch nederlandstalig werk over de auteursrechten. Enkel het begrip "morele rechten" zal uitgedrukt worden onder de Nederlandse terminologie "persoonlijkheidsrecht van de auteur".

"Toute création individuelle, important à l'honneur et à la réputation du créateur, est donc protégée par un droit de la personnalité dit droit moral. Le droit moral de l'auteur n'est qu'un cas particulier d'une espèce plus générale" (*Jur. Clas. Pér., verbo cit.*, fasc. 8, nr. 3).

5. Het *beschikkingsrecht* is het recht van de auteur om over zijn werk te beschikken, d.i. het *divulgiatierecht* wanneer hij beslist het werk openbaar te maken en het *retentierecht* wanneer de auteur beslist zijn werk niet openbaar te maken (Van Isacker, *De morele rechten van de auteur*, nrs. 67-77; H. Desbois, *a.w.*, nr. 384; G. Gavin, *a.w.*, nr. 19).

Zolang er geen divulgatie is kan er geen conflict ontstaan (daargelaten het huwelijksgoederenrecht). Wanneer is er dan divulgatie?

Gavin, *a.w.*, nrs. 26-34, toont aan dat in de Franse rechtspraak onderscheid gemaakt wordt naar gelang de auteur al dan niet contractueel gehouden is tot levering van een werk. In de eerste hypothese is er divulgatie wanneer het werk ter beschikking gesteld wordt van, en aanvaard wordt door de medecontractant. In de tweede hypothese is er divulgatie door "un acte de volonté non équivoque de la part de l'auteur". Het is een feitelijke vraag die door de rechter, volgens de gegevens waarover hij beschikt, soeverein zal worden opgelost (*Jur. Clas. Pér., verbo cit.*, fasc. 8, nr. 26). Ook in Nederland is het woord "openbaarmaking" een verzamelbegrip waar vele feitelijke gedragingen onder kunnen vallen (Pfeffer en Gerbrandy, *a.w.*, blz. 90).

6. De levering van het werk schept een vermoeden van divulgatie. Dit vermoeden kan door het bewijs van het tegendeel verdrongen worden, b.v. wanneer de auteur contractueel voorbehoud maakt of zich het recht voorbehouden heeft om nog correcties of wijzigingen aan te brengen (Gavin, *a.w.*, nr. 32).

Desbois, *a.w.*, nr. 388, plaatst de divulgatie op het ogenblik waarop de auteur met het oog op de publikatie onderhandelingen met een uitgever begint. De auteur kan evenwel tijdens de onderhandelingen tot inkeer komen en de divulgatie intrekken door de uitoefening van zijn recht tot inkeer (niet te verwarren met zijn retentierecht, dat vóór enige divulgatie uitgeoefend wordt en dat door de divulgatie teloor is gegaan).

Van Isacker bepaalt de divulgatie "vanaf het ogenblik dat de auteur besloten heeft het werk aan een zeker publiek, hoe gering het ook weze, kenbaar te maken, m.a.w., vanaf het ogenblik dat zijn divulgatierecht in positieve zin wordt uitgeoefend (Van Isacker, *De exploitatierechten van de auteur*, nr. 11). Het is een wilsdaad van de auteur, in feite te beoordelen (*id.*, *De morele rechten van de auteur*, nr. 93).

De Nederlandse auteurswet, art. 12, bepaalt uitdrukkelijk dat de openbaarmaking in besloten kring, uitgezonderd de familie- en vriendenkring, een divulgatie is.

7. Het recht van een auteur om persoonlijk te beslissen over het divulgeren van zijn werk is onaanastbaar. Niemand mag divulgeren hetgeen de auteur geheim wil houden en niemand mag de auteur

verhinderen tot publikatie over te gaan. (Pfeffer en Gerbrandy, *a.w.*, blz. 2 ; Wauwermans, *Le droit des auteurs en Belgique*, nr. 196 ; *Jur. Clas. Pér., verbo cit.*, fasc. 8, nr. 20). "Le pouvoir de diffuser l'œuvre implique donc nécessairement celui de décider de l'opportunité de sa divulgation (...). Si l'auteur n'était point seul à pouvoir diffuser son œuvre, en effet, toutes les décisions qu'il prendrait relativement à la communication éventuelle de sa création, à l'ampleur et aux modalités de celle-ci, risqueraient d'être contrecarrées par les initiatives des tiers (...). Or le droit de diffuser l'œuvre est, comme tout autre, doté du caractère d'inviolabilité, ce qui entraîne pour autrui l'obligation de s'abstenir de tout acte susceptible de porter atteinte aux prérogatives qu'il confère à son titulaire" (Renauld, *Droit d'auteur et contrat d'adaptation*, blz. 307-308).

8. Het mondelinge auteurswerk is gedivulgeerd op het ogenblik zelf van de redevoering. Indien gesprekken en zakenbesprekingen geen auteursrecht genieten omdat een originele vormsuitdrukking er veelal aan ontbreekt, dan is dit anders als de spreker zich toelegt op het systematisch ontvouwen en beredeneren van een idee en deze op min of meer persoonlijke wijze uitdrukt (Pfeffer en Gerbrandy, *a.w.*, blz. 63 ; Wauwermans, *a.w.*, nr. 72 ; art. 10 Wet van 22 maart 1886).

"Opname is het eerste dat terwille van de reportage geschiedt. Dit is dus een vorm van vervelvoudiging die voorhands nog niet in de openbaarheid treedt ; de opname kan geschieden b.v. op geluidsband, grammofoonplaten, geluidstrook van de film ; voorts de fotografische of kinematografische filmstrook, enz."

Dan komen als regel "weergave" en "mededeling" ; deze termen tezamen zijn de vertaling van "communication publique" in art. 10bis B.C. Er is geen reden om niet gewoon de openbaarmaking te lezen (Pfeffer en Gerbrandy, *a.w.*, blz. 166).

Wanneer de spreker zijn rede heeft uitgesproken en/of wanneer hij toestemming heeft gegeven om ze weer te geven, te verspreiden, dan kan er — binnen de perken van de gegeven divulgatie of toestemming — geen sprake meer zijn van retentierecht : zoals Desbois schrijft (*a.w.*, nr. 388) is er van dan af alleen nog sprake van het recht tot inkeer of van terugnemingsrecht, indien de voorwaarden hiertoe voorhanden zijn.

9. Uitzondering op het meesterschap van de auteur over de verspreiding van zijn werk is het in art. 21bis van de Wet van 22 maart 1886 vermelde recht om te citeren.

10. Het recht tot inkeer is het recht voor de auteur om op grond van intellectuele, esthetische of morele gronden, waarover hij alleen te oordelen heeft, zijn reeds gedivulgeerd werk terug te nemen

(M. Desbois, *a.w.*, nr. 392). Het recht tot inkeer omvat ook het recht om na divulgatie nog wijzigingen in het werk aan te brengen (Gavin, *a.w.*, nr. 56 ; H. Desbois, *Le droit d'auteur*, 1950, nrs. 550-551 ; *Jur. Clas. Pér., verbo cit.*, fasc. 8, nr. 43 ; Van Isacker, *a.w.*, blz. 115).

Hierbij onderscheidt men lichte verbeteringen die door de medecontractant moeten geduld worden omdat dit algemeen aanvaard is in de praktijk en als het ware stilzwijgend door de partijen bedongen is (Van Isacker, *a.w.*, nr. 102 ; *Pand. B., v° Droit d'auteur*, nr. 338) en grondige wijzigingen, die neerkomen op een waarachtige terugnemingsrecht van het oorspronkelijk geleverde werk.

11. Het recht tot inkeer is een eenzijdig, absoluut en willekeurig recht met nochtans de volgende beperking : "La faculté de retrait est destinée à apaiser le remords, le repentir que la publication cause à l'auteur, non à effacer le regret d'une convention jugée à l'expérience désavantageuse" (H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, nrs. 392 en 396). De rechtbank zal zich dus mogen verzetten tegen de uitoefening van het recht tot inkeer, indien zou blijken dat de ware reden ervoor schuilt achter een voorgewende inkeer.

Ook Van Isacker fundeert het recht van inkeer op het besef van zijn vergissing door de auteur gecombineerd met zijn spijt hierover (Van Isacker, *De morele rechten van de auteur*, nr. 108), zodat de rechter mag appreciëren of deze werkelijk is, niet gesimuleerd noch louter tergend (*a.w.*, nr. 109).

12. Gavin voor Frankrijk, Van Isacker en Recht voor België, tonen aan dat dit recht tot inkeer nochtans niet onverdeeld aanvaard wordt in rechtsleer en rechtspraak en dat zelfs de voorstanders ervan dit recht nogal restrictief opvatten : het schept immers een conflict met de regel van de onveranderlijkheid van de overeenkomsten (Gavin, *a.w.*, nrs. 58-61 ; Van Isacker, *a.w.*, nrs. 102 en 105 ; P. Recht, *a.w.*, blz. 304-306 ; Savatier, *Droit de l'art et des lettres*, nr. 53).

In België wordt het bestaan van dit recht ontkend door Wauwermans, *a.w.*, nr. 317, door de *Pandectes belges*, v° *Droit d'auteur*, nrs. 339-340, en door P. Recht, *a.w.*, blz. 304.

Volgens deze laatste auteur kan het terugnemingsrecht — althans voor geschreven werken — onmogelijk uitgeoefend worden daar de Wet van 8 april 1965 tot instelling van een wettelijk depot van een exemplaar van iedere publikatie niet in de terugnemingsrecht ervan voorziet. Op de diplomatieke conferentie van Rome waar art. 6bis over de morele rechten in de Conventie van Bern werd ingevoegd, is er geen opnemingsrecht gebeurd van een recht tot inkeer, hoewel een amendement in die zin werd aanvaard (P. Recht, *a.w.*, blz. 306, noot 106).

J.C. Renauld, *Droit d'auteur et contrat d'adapta-*

tion, blz. 135, ontkent dat het recht van inkeer, dat hij aanvaardt, een discretionair recht zou zijn: de rechtbanken moeten oordelen of de beslissing van terugnemings werkelijk ingegeven is door de kommer om zijn geestelijke belangen. In dezelfde zin schrijft J. Corbet, *Vijf jaar rechtspraak inzake auteursrecht*, 1965-1969, blz. 12-13, R.W., 1970-71, 1218.

13. Art. 32 van de Franse Wet van 11 maart 1957 onderwerpt de uitoefening van het recht tot inkeer aan de verplichting van de auteur om de medecontractant vooraf te vergoeden voor de door de terugnemings geleden schade. Ook de Duitse wet regelt dit recht: "Rückrufrecht". De "Rückruf wegen gewandelter Überzeugung", op grond van de gewijzigde mening van de auteur over zijn eigen werk, vereist voorafgaande aanbieding van schadevergoeding. Ook in België menen de auteurs dat de verbreking van een overeenkomst door het uitoefenen van het recht tot inkeer en de terugnemings, aanleiding moet geven tot schadevergoeding (Van Isacker, *De morele rechten van de auteur*, nr. 109; Renault, *a.w.*, blz. 135).

14. In een beschikking van de Antwerpse rechter in kort geding van 19 december 1966, vindt men voor de eerste maal in België een toepassing van het recht tot inkeer: J.P. Sartre vroeg verbod tot opvoering van zijn toneelwerk *Les mains sales* omdat hij van mening was dat daaraan in de huidige politieke situatie een interpretatie kon worden gegeven, die hij niet wenste. De vordering werd ingewilligd (*J.T.*, 1967, 224).

De door Sartre ingeroepen redenen schijnen wel degelijk te vallen onder het criterium van de gewijzigde overtuiging, althans was de voorgehouden reden geen drogreden. Deze beslissing, bevestigd in hoger beroep, wordt evenwel niet onverdeeld goedgekeurd door de commentatoren, waaronder sommigen in de houding van J.P. Sartre een misbruik van recht menen te zien (Van Hecke, "Overzicht van rechtspraak, auteursrechten", *T.P.R.*, 1970, 210, nr. 11; L.V.B., noot in *J.T.*, 1967, 225; Renault, "Examen de jurisprudence", *R.C.J.B.*, 1968, 85-86; J. Corbet, *Vijf jaar rechtspraak inzake auteursrecht*, 1965-1969, blz. 12, R.W., 1970-7-, 1218).

15. Om samen te vatten: het recht tot inkeer is gegeven aan de auteur wiens eigen mening niet meer beantwoordt aan die welke *hijzelf* in zijn werk uitdrukte.

Het recht tot inkeer of van terugnemings komt niet ter sprake wanneer een derde de mening van de auteur verworden of vervalst heeft. Hiertegen kan de auteur enkel zijn recht op integriteit uitoefenen.

De uitoefening van het recht tot inkeer dat, bij definitie, in conflict komt met de wettelijke kracht van de overeenkomsten, wordt in de Belgische rechtsleer

en schaarse rechtspraak, aan de beoordeling van de rechter onderworpen: het moet gebaseerd zijn op een waar berouw over het eigen werk en niet op willekeurige spijt. Een billijke schadevergoeding is door de auteur verschuldigd.

De terugnemings is dan de modaliteit waaronder het recht tot inkeer uitgeoefend wordt. Geen enkele auteur verbindt de terugnemings aan het recht op integriteit (*droit au respect*).

16. Het *recht op integriteit* is "het moreel recht van de auteur krachtens hetwelk hij kan afdingen dat zijn werk absoluut ongeschonden zal gehandhaafd blijven. Zo als hij het werk voltooide heeft hij het recht te eisen dat het zal behouden blijven zonder dat het naar vorm of inhoud worde gewijzigd, verkort of verkleind, verlengd of vergroot, zonder dat het worde beschadigd of vernietigd door de wil van een ander" (Van Isacker, *De morele rechten*, nr. 130). "Il garantit l'intégrité de l'œuvre" (P. Recht, *a.w.*, blz. 291). "Le droit au respect permet d'empêcher à la fois tout élargissement et toute défiguration de l'abandon que l'auteur a fait de la maîtrise sur l'œuvre livrée" (Savatier, *Le droit de l'art et des lettres*, blz. 22).

Dit recht is uitdrukkelijk vermeld in art. 8 van de Wet van 22 maart 1886 en in art. 6bis van de Conventie van Bern. De teksten bepalen dat de auteur kan toestemmen in wijzigingen aangebracht of aan te brengen in zijn werk (Wauwermans, *a.w.*, nrs. 309-311).

Deze toestemming, die doorgaans restrictief begrepen wordt (*R.P.D.B.*, v° *Droit d'auteur*, nr. 40; Wauwermans, *loco cit.*), kan in sommige gevallen vermoed worden (Van Isacker, *De morele rechten*, nr. 155). "Il est des modes d'exploitation qui appellent par définition une liberté de mouvement sans laquelle la permission donnée serait vide de sens et d'intérêt" (H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, nr. 440; Gavin, *a.w.*, nr. 70).

17. Het wordt niet betwist dat het recht op integriteit een absoluut recht is: de auteur moet steeds toestemmen met het voornemen van een derde die wijzigingen aan het werk wil aanbrengen (Wauwermans, *a.w.*, nr. 322; *id.*, nrs. 197-201). Dit geldt ook voor redevoeringen, ook al zou de divulgatie en verspreiding ervan krachtens art. 10, lid 2, van de Wet van 22 maart 1886 aan een ieder toegelaten zijn. De verslaggevers van in het openbaar uitgesproken redevoeringen zijn gehouden tot getrouwe weergave, zoniet van de uitvoerige tekst, dan toch van de juiste formulering van de uitgesproken gedachte (Van Isacker, *De morele rechten van de auteur*, nr. 150; *R.P.D.B.*, v° *Droit d'auteur*, nr. 68; Wauwermans, *a.w.*, nrs. 290-292). Bij het citeren is voor de aangehaalde passages dezelfde eerbied een plicht (Gde Inst. Paris, 6 juillet 1972, *R.I.D.A.*, 1973, 157).

18. De auteur kan geen blanco-goedkeuring geven voor onverschillig welke wijziging. Hieronder wordt verstaan dat de auteur niet van tevoren kan afzien van de uitoefening van zijn recht op integriteit: dit zou tegen de openbare orde indruisen als een afstand van een personaliteitsrecht. Wel mag de auteur de vrije hand laten voor wijzigingen, maar dan zal hij steeds nadien, na kennisneming, de in zijn werk aangebrachte wijzigingen uitdrukkelijk of stilzwijgend moeten ratificeren. De omvang van het recht op integriteit zal vernauwen naar gelang ofwel het eigen werk van de auteur gewijzigd wordt, ofwel het eigen werk van de auteur de grondslag is van een zg. afgeleid werk (*œuvre dérivée*) b.v. een adaptatie, ofwel het eigen werk van de auteur in een werk van een andere auteur alleen maar geciteerd wordt (Gavin, *a.w.*, nrs. 68-75; H. Desbois, *a.w.*, nrs. 440-452; Van Isacker, *a.w.*, nrs. 158-160; Savatier, *a.w.*, nr. 19).

19. Voor de radio- en t.v.-reportage is aangenomen dat de toestemming tot het interview impliciet — zoniet uitdrukkelijk — toestemming inhoudt om tot verknippen en inkortingen over te gaan. De geïnterviewde weet dat dit zal gebeuren en moet het eventueel uitdrukkelijk verbieden indien hij het niet kan aanvaarden. Zijn aanvaarden van het interview, impliceert zijn instemming met de voor het geheel van de montage nodige verknippen en inkortingen.

In het arrest Perin oordeelde de Raad van State in die zin (nr. 10894 van 19 november 1964). Dezelfde mening vindt men terug in een Frans vonnis, waarin de feitelijke gegevens gelijkenis vertonen met het geval Van den Daele (Hof Gent, 26 april 1973, *R.W.*, 1973-74, 480 met noot van Linda Glaude en Cass. 12 september 1975 in dit nummer): een t.v.-montage waarin een interview van minister-president J. Moch was verwerkt op een wijze die, volgens de minister, zijn uitgedrukte mening vormde: "que si un réalisateur a, sous la réserve de ne rien omettre d'essentiel et de respecter le caractère général de l'enregistrement, le droit de faire des coupures et de réaliser un montage, ce droit disparaît lorsque l'intéressé n'a pas donné au moins un accord tacite sur ce point". (Corr. Seine, 10 mei 1967, *J.C.P.*, 1968, II, 15.325 met noot van Debbasch; zie ook de commentaar van J. Corbet, in *R.I.D.A.*, 1969, 87 betreffende een in dezelfde zin gewezen arrest door het Hof te Genève op 20 september 1966).

De rechtsleer is in dezelfde zin (L. Van Bunnan, "Examen de jurisprudence, droit d'auteur", *R.C.J.B.*, 1972, blz. 544; A. Dupondt, "Het radio- en televisiebestel in België", Preadvies, *Jaarboek 1969-1970*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, blz. 236-237; K. Rimanque, "De vrijheid van informatie en de vrijheid van mening in verband met de uitzendingen

van radio en televisie", *R.W.*, 1969-70, 1630, nr. 58; H. Vandenberghe, "Bescherming van het privéleven en recht op informatie via de massamedia", *R.W.*, 1969-70, 1469; Ch. Debbasch, noot onder Corr. Seine, voornoemd, *J.C.P.*, 1968, II, 15325; Pfeffer en Gerbrandy, *a.w.*, blz. 151).

20. Dat een audiovisuele montage mag geschieden met verknipte interviews, lijkt niet te kunnen worden betwijfeld.

Men kan trouwens dagelijks vaststellen dat zulks de gewoonte is. Dit neemt evenwel niet weg dat de montage moet geschieden met eerbiediging van de uitgedrukte meningen. Of dit persoonlijkheidsrecht — recht op getrouwe weergave van zijn uitgedrukte mening — eigen is aan en gereguleerd is door de wetgeving op de auteursrechten is niet zeker. Het omgekeerde lijkt juist: zoals in de aanvang van deze studie is betoogd, is het persoonlijkheidsrecht van de auteur enkel een "cas particulier d'une espèce plus générale" (*Jur. Clas. Pér., verbo cit.*, fasc. 8, nr. 3).

21. Geen enkele auteur of rechtspraak vermeldt in verband met het recht op integriteit een recht van *nakeuring à priori*, behalve voor de werken in collaboratie. Integendeel allen stellen zij het probleem in het kader van de schending van een persoonlijkheidsrecht. Er moet dus wel eerst schending zijn door het openbaren van een gewijzigd *œuvre* alvorens men er tegen kan opkomen. Daarom schrijft Debbasch: "... s'il faut admettre, en dehors d'une correction expresse, la liberté de choix du réalisateur, c'est à la condition que celle-ci s'exerce dans le respect le plus strict de l'objectivité. La solution la plus adéquate reste cependant une convention préalable entre les parties intéressées" (noot, *J.C.P.*, 1968, II, 15.325).

22. De *nakeuring*, met het oogmerk om te kunnen oordelen over de openbaarmaking van een werk is een prerogatief van de auteur en/of van de medeauteurs. Om te kunnen antwoorden op de vraag of een geïnterviewde persoon over een recht van *nakeuring* beschikt over — en aldus mag oordelen over de publikatie en de integriteit van — heel de t.v.-montage waarin zijn interview is verwerkt, moet eerst worden uitgemaakt of hij er al dan niet de auteur of medeauteur van is. Indien hij er geen auteur van is of indien hij geen oorspronkelijk werk leverde voor een afgeleid werk, dan moet hij de rechten — ook de persoonlijkheidsrechten — van de ware auteur eerbiedigen (Renauld, *Droit d'auteur et contrat d'adaptation*, blz. 308).

Indien de auteur van de t.v.-montage door de publikatie ervan de persoonlijkheidsrechten van de geïnterviewde te kort doet, meer bepaald in diens recht op integriteit van zijn interview doordat de perken van de stilzwijgende toestemming tot verknippen en montage — iets waarover natuurlijk alleen de rechtbank kan oordelen — werden over-

schreden, pas dan zal de geïnterviewde herstel kunnen vragen.

II. De auteur van de t.v.-montage

23. Een Frans vonnis zegt het uitdrukkelijk : "Attendu qu'un radioreportage, lorsqu'il constitue une création originale et personnelle, doit, au même titre que les autres œuvres de l'esprit, être protégé contre les atteintes portées au droit de son auteur ; Attendu que G.J., journaliste professionnel, rémunéré au cachet par la radiodiffusion française, ne s'étant pas dépouillé contractuellement d'aucune autre des prérogatives attachées au droit d'auteur, n'a cédé à la radiodiffusion que le droit de diffuser son œuvre sur les ondes et a conservé les autres droits inhérents à sa qualité d'auteur" (Corr. Seine, 21 mei 1954, D., 1954, 654).

Lyon-Caen, "Cinéma et télévision", D., 1963, chron. XV, blz. 92, en R. Vaillant, "Qui est l'auteur ?", *Cahiers de la télévision*, nr. 1, blz. 19, schrijven : "L'auteur en télévision est celui qui est maître des images qui seront transmises et aussi des sons ; ses pouvoirs sont plus grands que ceux du réalisateur de cinéma : il procède au 'montage' en même temps qu'à la prise de vues ; il impose son style à l'évènement."

"Dans la pratique déjà — schrijft een andere auteur — la qualité de créateur est reconnue aux réalisateurs télévisuels d'œuvres documentaires" (D. Gaudel-Gruyer, "La réalité, source spécifique de la création télévisuelle", R.I.D.A., 1970, 137).

24. Over het journalistieke interview schrijven Pfeffer en Gerbrandy, a.w., blz. 234, dat de journalist die meester is over de eindtekst, die de geïnterviewde "brengt" en door zijn vragen gerichte — en dus mede door hem zelf bepaalde — antwoorden uitlokt, de auteur is. Voor zover het de weergave is van woorden van de geïnterviewde (veelal zelfs door deze gecorrigeerd), is toch de vormgeving van het interview als geheel bepaald door de journalist (*ibid.*, blz. 151 ; in dezelfde zin Gde Inst. Parijs, 6 juli 1972, R.I.D.A., 1973, 157).

De t.v. dient immers niet alleen als verspreidingsmiddel van bestaande werken of van informatie. Ze is ook een uitdrukkingmiddel om nieuwe werken te creëren (Lyon-Caen, "Le cinéma, la télévision et les droits d'auteur en droit français", *Le droit d'auteur*, 1962, blz. 51 e.v.).

"En réalité, si l'on veut bien admettre que cette création audio-visuelle précède d'une démarche intellectuelle identique à celle qui préside à la création littéraire, on doit placer le réalisateur sur le même plan que l'écrivain, et l'on peut alors considérer, dans une vue sans doute simplifiée des choses, que l'équipe dont il organise les efforts, lui rend un service comparable à celui qu'offre à l'homme de

lettres sa machine à écrire" (D. Gaudel-Gruyer, a.w., R.I.D.A., 1970, 123 e.v.).

Een arrest van het Hof van Beroep te Brussel kent aan de realisator van een t.v.-montage — weliswaar geen interview, doch weergave van een ballet — de hoedanigheid van auteur toe : "un créateur d'images" wordt hij geheten (Hof Brussel, 9 december 1969, in J. Corbet, *Vijf jaar rechtspraak inzake auteursrecht*, blz. 16 ; R.W., 1970-71, 1221).

25. Kan er evenwel geen sprake zijn van een werk in collaboratie ? Opdat er werk in collaboratie zij moet er "concours direct à la création d'une œuvre" zijn (Cass. fr. crim., 4 februari 1881, D., 1881, I, 329), of ook nog : "Il faut que chacun des auteurs ait concourru à la conception de l'œuvre" (Nov., *Droit d'auteur*, nr. 36). Te weten nu of er creatieve samenwerking is, is een feitenkwestie (*Jur. Clas. Pér., verbo cit.*, fasc. 6, nr. 22 ; Gde Inst. Paris, 12 juli 1973, R.I.D.A., 1973, 216). "Attendu que la qualité d'auteurs naît du fait de la création et non des conventions ; que la liste des auteurs d'une œuvre de collaboration s'établit 'in concreto', toute présomption en pareille matière le cédant devant la preuve contraire" (Gde Inst. Paris, 6 juli 1971, R.I.D.A., 1971, 165). "Nous pensons que la collaboration doit être admise de manière très large ; la participation à l'élaboration en donnant des instructions assez précises pour définir le caractère original de l'œuvre suffit à caractériser la collaboration ; il en est du reste ainsi en matière de cinéma et de radiodiffusion" (*Jur. Clas. Pér., verbo cit.*, fasc. 6, nr. 29).

H. Desbois omschrijft het als volgt : "La collaboration implique les efforts créateurs, animés par une inspiration commune et menés de concert en vue de la réalisation d'une œuvre de l'esprit" (*Le droit d'auteur*, 1950, nr. 170, blz. 203).

Volgens de Wet van 22 maart 1881 mag geen enkele van de medeauteurs afzonderlijk — behoudens andersluidende overeenkomsten — zijn auteursrechten uitoefenen.

26. Aannemen dat iedere geïnterviewde medeauteur is van de t.v.-reportage (daargelaten bijzondere gevallen waar dit duidelijk zou bewezen zijn) zou bijgevolg meebrengen dat hij medezeggenschap krijgt in de divulgatie van het programma, dat hij zich zou kunnen verzetten tegen de uitoefening van het recht tot inkeer van de realisator zoals tegen de uitoefening van zijn recht op eerbied. Nergens in de rechtsleer en rechtspraak — zoals ik heb aangetoond — vindt men een stellingname met dergelijke gevolgen. Tevergeefs zoekt men hoe een geïnterviewde persoon een hoedanigheid van medeauteur van een montage, waarin zijn bijdrage beperkt is tot enkele citaten, niet eens door hem uitgekozen, naast citaten van anderen, zou kunnen verkrijgen.

27. Nochtans in de zaak Van den Daele/BRT hield eiser in cassatie staande (tweede middel) dat een audiovisuele reportage een werk in collaboratie is en hij leidde er uit af dat de geïnterviewde over de rechten van een medeauteur beschikt met betrekking tot de gehele montage. Heel zijn argumentatie steunde op deze premisse. Zij wordt door het arrest verworpen.

Ongetwijfeld is het interview een contract (Savatier, *Le droit de l'art et des lettres*, nr. 121). Hierboven is uiteengezet dat — behoudens duidelijke bepalingen — dit contract een toestemming tot divulgatie van de redevoering inhoudt.

Maar de affirmatie dat de reportage een gemeenschappelijk werk is, zodat de geïnterviewde de hoedanigheid van medeauteur zou verkrijgen, is verkeerd. De hoedanigheid van auteur hangt niet af van overeenkomsten doch van feitelijke gegevens (*Jur. Clas. Pér., verbo cit.*, fasc. 6, nrs. 19 en 22; Gde Inst. Paris, 12 juli 1973, *R.I.D.A.*, 1974, 216; H. Desbois, *Le droit d'auteur*, 1950, nr. 170, blz. 203).

28. Art. 18 van de Franse Wet van 11 maart 1957 dat zonder tegenhanger is in de Belgische wet, bepaalt uitdrukkelijk wie de auteur is van een audiovisueel werk: "Ont la qualité d'auteur d'une œuvre radiophonique ou radiovisuelle la ou les personnes physiques qui assurent la création intellectuelle de cette œuvre. Les dispositions de l'art. 14, dernier alinéa, et de l'article 15 sont applicables aux œuvres radiophoniques et radiovisuelles".

Art. 14, laatste lid, luidt: "Lorsque l'œuvre cinématographique est tirée d'une œuvre ou d'un scénario préexistants encore protégés, les auteurs de l'œuvre originaire sont assimilés aux auteurs de l'œuvre nouvelle". Deze tekst bedoelt de adaptatie voor de film of voor de t.v. van bestaande literaire werken en is derhave niet van toepassing op het interview, dat immers geen aan de t.v.-reportage voorafgaand bestaan heeft (Desbois, *a.w.*, nrs. 153-154).

Art. 15, waarnaar in art. 18 ook verwezen wordt, regelt de rechten van de verschillende medeauteurs. Het bepaalt o.m. dat de weigering van verdere medewerking van een der auteurs hem het recht *niet* geeft zijn reeds geleverde bijdrage terug te nemen.

Er is nergens sprake van het medeauteurschap van de geïnterviewde op de t.v.-montage. Aan de hand van wat hierboven betoogd is met betrekking tot de creatie van de realisator van een t.v.-reportage was reeds duidelijk dat de geïnterviewde in het realiseren van de montage als zelfstandig auteurswerk doorgaans geen enkele medewerking verleent.

Zijn hele bijdrage is beperkt tot het leveren van "brutostof", de la matière première. Dit blijkt ook uit de volgende tekst: "Si la personne interrogée a contribué d'une manière déterminante à l'élaboration de la forme et du fond de l'interview, elle peut également — ou selon de cas, peut seule — en être considérée comme le créateur spirituel" (R.

Dittrich, "Lettre d'Autriche", *Le droit d'auteur*, 1966, 203).

Er wordt in deze tekst niet gezegd dat de geïnterviewde altijd en in ieder geval medeauteur van de reportage is. Verder schrijft de auteur trouwens uitdrukkelijk: "Dans le cas rapporté (...) la qualité de coauteur n'a pas été reconnue à la personne interrogée" (blz. 204). In enkele wel bepaalde gevallen en onder de vermelde voorwaarden *kan* dit het geval zijn. Als voorbeeld mag verwezen worden naar de verfilming en reportage van een chirurgicale ingreep op initiatief en onder de bestendige organisatie en leiding van de opererende chirurg. De rechtbank verklaarde dat deze chirurg de auteur van de film was (vermeld door D. Gaudel-Gruyer, *a.w.*, blz. 127).

29. Hoewel medeauteurschap in een t.v.-montage niet altijd is uit te sluiten — en dit zelfs uitdrukkelijk voorzien is in het Franse art. 18 — dan is dit medeauteurschap alleen toe te kennen aan de personen die, mede met de realisator, een *intellectueel creatief aandeel hebben in het t.v.-werk* (b.v. de toondichter van originele muziek; de auteur van originele bindteksten...).

Een voorbeeld van collaboratie in de realisatie van een t.v.-film wordt door het Hof van Beroep te Brussel als volgt omschreven: "Dat er niet aan te twijfelen valt, en daarin ligt met alle zekerheid zijn (van de realisator) scheppend aandeel, dat hij samen met de choreograaf op verschillende wijzen heeft meegewerkt aan de realisatie van het werk: inrichting van het schouwspel zodanig dat de duur juist overeenstemde met de voorbehouden tijd, bij het draaien van bepaalde tussenkomsten bij de choreograaf om bepaalde schikkingen, sommige verbeteringen aan te brengen in de houdingen, bewegingen, en groeperingen van dansers, schepping van een geschikte stemming door de veranderende keuze der plans, door de decors, door het spel van licht en schaduw" (Hof Brussel, 9 december 1969, in J. Corbet, *Vijf jaar rechtspraak inzake auteursrecht*, blz. 26; *R.W.*, 1970-71, 1221).

30. Pfeffer en Gerbrandy, *a.w.*, blz. 234, sluiten het interview uit in een paragraaf gewijd aan "nieuwe vormen van samenwerking". Er staat te lezen: "(...) en zo komt het dat de personen met talent worden aangespoord, onder druk gezet wellicht en aldus in samenwerking met anderen komen tot creaties. Er ontstaan werken die *iets* hebben van het interview, *maar het net niet zijn*". In dezelfde paragraaf verwijzen de auteurs voor wat het eigenlijke interview betreft naar een andere vindplaats in hun werk waar zij schrijven dat de journalist de auteur is van het interview want hij "brengt" de geïnterviewde en hij bepaalt de antwoorden door de wijze waarop hij zijn vragen stelt (*a.w.*, blz. 151).

Bij het lezen van het cassatiearrest van 12 september 1975 stelt men vast dat de voorziening van

de eiser in zijn tweede en derde middel was gesteund op de affirmatie van zijn medeauteurschap van de t.v.-reportage. Nu deze bevestiging niet werd bewezen geacht faalden ook de gevolgen die er met betrekking tot de persoonlijkheidsrechten van een medeauteur, uit werden afgeleid.

31. *Samenvattend*: Geen auteur zijnde van de t.v.-reportage, die een zelfstandige originele geestescreatie is, heeft de geïnterviewde geen inspraak in het divulgeren ervan, derhalve ook geen retentierecht en geen recht tot inkeer of terugneming en geen hoedanigheid om de integriteit ervan te doen eerbiedigen.

Auteur zijnde van zijn exposé, en enkel van zijn exposé, heeft de geïnterviewde hierop het divulgatierecht, dat hij uitoefent door zijn toestemming tot t.v.-weergave. Door deze toestemming verliest hij

het retentierecht. Zijn aanspraak op een recht tot inkeer en terugneming moet aan welbepaalde voorwaarden voldoen en gefundeerd zijn op zijn eigen gewijzigde mening of opvatting. Hij heeft, ten slotte, recht op integriteit bij de weergave van zijn interview.

In het conflict tussen het divulgatierecht van de auteur van de t.v.-reportage en het recht op integriteit van de geïnterviewde is er geen plaats voor een voorafgaand nakeuringsrecht omdat dit de uitoefening van het discretionaire divulgatierecht van de auteur zou hinderen.

De vaststelling dat het recht op integriteit van de geïnterviewde geschonden werd kan derhalve maar geschieden na de divulgatie van het interview in het t.v.-werk.

Lode DE WILDE

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 12 SEPTEMBER 1975

Eerste voorzitter : de h. Louveaux

Raadsheer-rapporteur : de h. Gerniers

Eerste advocaat-generaal : de h. Dumon

Advocaten : mrs. J. Dassesse en G. van Hecke

1. Radio en televisie—Overeenkomst—Tussen B.R.T. en geïnterviewde persoon—Wettelijke en reglementaire verplichtingen van de B.R.T.—Art. 1135 B.W.—2. Auteursrecht—Audiovisuele reportage—Rechten van geïnterviewde personen.

1. *Uit de omstandigheid alleen, dat art. 28 van de Wet van 18 mei 1960 voorschrijft dat de uitzendingen een strenge objectiviteit in acht dienen te nemen en dat, ingevolge de "voorschriften, gebruiken en aanbevelingen" inzake radio- en televisieberichtgeving, de radio- en televisiejournalist geen eigen standpunt mag innemen of de indruk wekken de standpunten die hij weergeeft, aan te kleven, kan niet worden afgeleid dat de verplichting geen "politieke tendens of stelling" aan de reportages te geven een gevolg is dat door het gebruik en door de wet aan de tussen de B.R.T. en een geïnterviewde persoon gesloten overeenkomst wordt toegekend.*

2. *Als meerdere personen bij een audiovisuele reportage geïnterviewd worden, verkrijgt geen van hen aldus auteursrechten op het geheel in die zin, dat hij rechten van "nakeuring", van publikatie en van terugneming aangaande het geheel zou hebben.*

Van den Daele t/ B.R.T.

Gelet op het bestreden arrest, op 26 april 1973 door het Hof van beroep te Gent gewezen;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1134, 1135, 1315 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest thans reeds de vordering van eiser niet-gegrond verklaart, in zoverre zij steunt op tekortkoming van verweerder aan contractuele verbintenissen betreffende onder andere de afwezigheid van politieke tendens of stelling in de televisiereportage waartoe hij verzocht was zijn medewerking te verlenen, op grond 1) dat geen verbintenis op dit punt bewezen is, hoewel het arrest anderzijds beslist dat de door de wet en de gebruiken voorgeschreven plicht van strikte objectiviteit aan verweerder oplegde, ongeacht contractuele verbintenissen in zijn onderwerpelijke reportage het verkondigen of het aankleven van een politieke stelling betreffende de elektriciteitsbedeling achterwege te laten, 2) dat een tekortkoming aan een contractuele verbintenis vanwege verweerder vooralsnog in dit verband niet bewezen is, 3) dat eerst bij de voorstelling van de reportage kan blijken of bij het verknippen van het vraaggesprek met eiser en/of bij de samenstelling van de reportage een politieke tendens of stelling werd voorgestaan, en doordat het arrest vooraleer verder te oordelen en te beschikken over de aansprakelijkheid van verweerder op het stuk van verknippen, verwerking, montage en uitzending, het overleggen en het afrollen van de beeld- en geluidsband van het vraaggesprek en van de reportage in haar geheel beveelt,

terwijl overeenkomsten verbinden, niet alleen tot hetgeen daarin uitdrukkelijk bepaald is, maar ook tot alle gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend (artikel 1135 van het Burgerlijk Wetboek); eiser zijn verzet tegen de uitzending van de reportage rechtvaardigde, onder meer door verweerders tekortkoming aan het contract tussen partijen, wijl hij daarin door het verknippen van beeld- en woordband van het hem

afgenomen interview een bepaalde politieke tendentieuze stelling had gebracht; het arrest dienvolgens de vordering van eiser, in zoverre zij steunt op tekortkoming van verweerder aan contractuele verbintenissen, niet kon afwijzen op grond dat deze, ten aanzien van de afwezigheid van politieke strekking in de reportage, geen verbintenis had aangegaan of dat niet bewezen was dat hij er had aangegaan, zonder schending van de artikelen 1134 en 1135 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet, noch op de grond dat verweerder geen bewijs leverde van de tekortkoming aan zodanige verbintenis door het verknippen van het vraaggesprek en de samenstelling van de reportage, waarvan de rechters anderzijds de verifiëring bevelen, zonder schending van de artikelen 1315 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet; het arrest door dubbelzinnigheid en tegenstrijdigheid aangetast is wanneer het achtereenvolgens eisers vordering, gebaseerd op de tekortkoming van verweerder aan zijn contractuele verbintenissen verwerpt en, op grond dat een tekortkoming aan een contractuele verbintenis vooralsnog niet bewezen is in verband met het verkondigen of aankleven van een politieke tendens of stelling in de reportage, de uitspraak verdaagt tot na de onderzoeksmaatregel welke het beveelt (schending van artikel 97 van de Grondwet):

Overwegende dat uit de loutere omstandigheden waarnaar het arrest verwijst, dat artikel 28 van de wet van 18 mei 1960 voorschrijft dat de uitzendingen een strenge objectiviteit dienen in acht te nemen en dat, ingevolge de "voorschriften, gebruiken en aanbevelingen" inzake radio- en televisieberichtgeving, de radio- en televisiejournalist geen eigen standpunt mag innemen of de indruk wekken de standpunten die hij weergeeft aan te kleven, niet kan worden afgeleid dat de verplichting geen "politieke tendens of stelling" aan de reportages te geven een gevolg is dat door het gebruik en door de wet aan de tussen eiser en verweerder gesloten overeenkomst wordt toegekend;

Overwegende overigens dat eiser de begrippen "objectiviteit" en afwezigheid van "politieke tendensen of stellingen" verwacht of meent te mogen gelijkstellen;

Dat een reportage, ook al heeft zij een politieke tendens niet noodzakelijk aan objectiviteit te kort komt;

Overwegende, wat de aangeklaagde dubbelzinnigheid en tegenstrijdigheid betreft, dat uit de context van de motivering en uit het beschikbare gedeelte van het arrest blijkt dat het hof van beroep de uitspraak over de aansprakelijkheid van verweerder op het stuk van verknippen en montage verdaagt, niet omdat mogelijk aan een contractuele verbintenis werd te kort gedaan, doch omdat eventueel een fout ten laste van verweerder zou kunnen worden gelegd;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 6, 1134, 1135, 1142, 1143, 1147, 1315 van het Burgerlijk Wetboek, 1, 5, 9, 10, lid 1, van de wet van 22 maart 1886 op het auteursrecht, 2-1, 6bis, 11bis van de Overeenkomst van Bern voor de bescherming van kunst- en letterkundige werken, zoals zij werd herzien te Brussel op 26 juni 1948 en goedgekeurd door de wet van 26 juni 1951, het enig artikel van de wet van 27 juli 1953 betreffende de toepassing op de Belgen van

zekere bepalingen der internationale overeenkomst van 26 juni 1948, 10 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en van de fundamentele vrijheden, van 4 november 1950, goedgekeurd door de wet van 13 mei 1955, 14, 18 en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest, zonder te betwisten dat aangaande het interview vanwege verweerder aan eiser "nakeuring" werd toegezegd, thans reeds eisers vordering niet gegrond verklaart, in zoverre zij steunt op een tekortkoming van verweerder aan contractuele verbintenissen betreffende deze "nakeuring", hoewel het de uitspraak aanhoudt over de aansprakelijkheid van verweerder op het stuk van verknippen van het door eiser gevoerde vraaggesprek, de montage en de uitzending van de reportage, op de gronden dat: 1) de inhoud van de "nakeuring" niet nauwkeurig bepaald is, 2) eiser niet bewijst dat de toegezegde "nakeuring" verder ging dan datgene waarmede verweerder instemde (dit is eiser kennis te laten nemen van de integrale tekst van zijn vraaggesprek met aanduiding van de fragmenten die voor uitzending waren uitgekozen) en zou beduid hebben dat de samenhang van de behouden gedeelten van het interview met de antwoorden van de andere in de reportage ondervraagde personen hem voorgelegd moest worden, 3) een redelijke benadering van het begrip keuring of "nakeuring" als eigen recht van de persoon die een vraaggesprek toestaat in het raam van een televisiereportage, evenmin nazien en toetsing vereist van wat anderen in de gehele reportage naar voren brengen, 4) de reportage de scheppende arbeid is van de televisiejournalist en de instelling die hem opdracht geeft, de ondervraagde uiteraard weet dat nog anderen ondervraagd worden en op de antwoorden van de andere deelnemers geen toezicht heeft, 5) daarenboven vóór de uitzending niet bleek dat misbruik gemaakt werd van het optreden van eiser in de reportage door verknippen in woord en/of beeld of door aanknopen met antwoorden van andere ondervraagden, en er alsdan evenmin aanwijzing voor gevaar van dergelijk misbruik was,

terwijl, eerste onderdeel, alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan degenen die deze hebben aangegaan tot wet strekken (artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek) en verbinden niet alleen tot hetgeen daarin uitdrukkelijk bepaald is, maar ook tot alle gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend (artikel 1135 van het Burgerlijk Wetboek);

tweede onderdeel, het vraaggesprek een contract is waardoor de ondervraagde personen door hun verklaring hun bijdrage leveren tot de reportage, als werk in collaboratie; eiser op zijn mondelinge originele bijdrage de prerogatie bezat van het moreel recht, dat de wet, van openbare orde, aan de auteurs toekent ten einde de bescherming van hun persoonlijkheid, langs hun werken om, te verzekeren (artikelen 14 van de Grondwet, 10 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, 6 van het Burgerlijk Wetboek, 1, 5, 8, 9, 10, lid 1, van de wet van 22 maart 1886, 2-1, 6bis, 11bis, van de Overeenkomst van Bern en het enig artikel van de wet van 27 juli 1953);

derde onderdeel, de "nakeuring" die vanwege verweerder aan eiser werd toegezegd ten doel had, zoals bij conclusie was verduidelijkt, "de juiste weergave te

garanderen door beeld en woord van hetgeen door eiser werd verklaard, des te meer daar tot cutting zou worden overgegaan"; de tot het vraaggesprek gegeven toestemming aldus gepaard ging met een restrictie, verbonden aan het moreel recht en het recht van de persoonlijkheid en, die op de uitvoeringswijze van het contract tussen partijen een terugslag had; het moreel recht onvervreemdbaar is, en onder meer het discretionaire en absolute recht van publikatie (of verspreiding) en van terugneming (of rouwrecht) behelst; ook al kennen deze prerogatieven beperkingen in collaboratiewerken, zoals een reportage, tengevolge van de verknippeningen en de samenbrenging door de realisator, deze laatste dan nog hun tegenprestatie vinden in de verplichting ze niet te verrichten dan met de instemming van de auteur of pas nadat het de auteur mogelijk gemaakt werd zijn inbreng te verdedigen en te bekomen dat hij ontzien wordt in zulke mate als met het gezamenlijk werk verenigbaar is; het arrest, nu het, door de onderscheiden in de gekritiseerde gronden gegeven overwegingen de verspreiding van de reportage door uitzending over de televisie, ondanks eisers verzet, berustend op een "nakeuring" die niet strookte met de controle welke hij op het van zijn bijdrage gemaakte gebruik verlangde uit te oefenen, wilde rechtvaardigen, de juiste draagwijdte van de prerogatieven, verbonden aan het moreel recht van de auteur miskent, en dienvolgens dat recht schendt (schending van de artikelen 14, 18 van de Grondwet, 10 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, 1, 5, 8, 9, 10, lid 1, van de wet van 22 maart 1886, 2-1, 6bis, 11bis van de Overeenkomst van Bern en van het enig artikel van de wet van 27 juli 1953);

vierde onderdeel, dat het arrest de gevolgen miskent welke de verbintenis tussen partijen met betrekking tot de "nakeuring" voortbracht voor de uitvoering van het tussen hen aangegane contract (schending bovendien van de artikelen 6, 1134, 1135, 1142, 1143 en 1147 van het Burgerlijk Wetboek);

viijde onderdeel, dat het arrest niet passend antwoordt op de middelen van eisers conclusies (schending van artikel 97 van de Grondwet);

zesde onderdeel, dat het arrest, door van eiser een bewijs te verlangen waartoe hij niet wettelijk was gehouden en dat daarenboven onmogelijk was omdat het de voorafgaande schouwing van de reportage onderstelde welke schouwing precies door de rechtbank wordt gelast, benevens de bovenaangeduide wetsbepalingen, artikel 1315 van het Burgerlijk Wetboek schendt;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat verweerder de geluidsband met de volledige verklaringen van eiser aan deze laatste heeft overgelegd en enkele dagen later zich bereid verklaarde de opname te laten horen en hierbij de gedeelten aan te geven welke voor uitzending werden gekozen, dit wil zeggen hetgeen van de verklaringen van eiser na verknippening overbleef, maar dat geen kennis kon worden gegeven van wat uit de bijdrage van de andere ondervraagden in de eindmontage werd overgehouden;

Overwegende dat het arrest beslist dat een redelijke benadering van het begrip keuring of "nakeuring" als eigen recht van de persoon die een vraaggesprek toestaat in het raam van een televisiereportage geen nazicht en toetsing vereist van hetgeen anderen in de gehele repor-

tage naar voren brengen en dat de antwoorden van de andere ondervraagden vrije meningsuitingen zijn waarop geen toezicht aan de overige deelnemers aan de reportage toekomt;

Overwegende dat, zo het arrest aan eiser een recht van voorafgaand toezicht op de gehele reportage ontzegt, het nochtans beslist dat indien uit het geheel van de reportage, zoals zij werd uitgegeven, mocht blijken dat "het voorkomen en de antwoorden (van eiser) niet eerlijk en trouw werden weergegeven ofwel nadelig werden voorgesteld", verweerder daarvoor aansprakelijk zou kunnen worden verklaard, met het oog op deze mogelijkheid, een onderzoeksmaatregel beveelt;

Wat de eerste vier onderdelen betreft:

Overwegende dat uit de hierboven aangehaalde redenen blijkt dat, in verband met het interview van eiser zelf, verweerder de nakeding of het toezicht heeft aangeboden of voorgesteld welke eiser zelf had aangevraagd en die in dit opzicht op integrale wijze zijn recht veilig stelden;

Overwegende dat met betrekking tot een recht van "nakeuring" op de ganse reportage het arrest, met de hierboven vermelde redenen, wettelijk gerechtvaardigd is;

Dat immers, wanneer, zoals ten deze, meerdere personen "geïnterviewd" worden, enerzijds, geen van die personen aldus auteursrechten op het geheel verkrijgt in die zin dat hij rechten van "nakeuring", van publikatie en van terugneming aangaande het geheel zou hebben;

Dat derhalve met betrekking tot de ingeroepen rechten van "nakeuring", de onderdelen van het middel niet aangenomen kunnen worden;

Overwegende dat, in zoverre de onderdelen ook het recht van "terugneming" zouden bedoelen, recht dat hier slechts terloops wordt ingeroepen, het arrest zijn beslissing doet steunen op overwegingen die hier niet worden gekritiseerd en die, zoals uit het antwoord op het derde middel zal blijken, bedoelde beslissing wettelijk rechtvaardigen;

Wat het vijfde onderdeel betreft:

Overwegende dat eiser niet preciseerd welke gedeelten van zijn conclusie niet worden beantwoord;

Dat het onderdeel derhalve niet ontvankelijk is;

Wat het zesde onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest eiser geen bewijs oplegt dat hij onmogelijk kon leveren;

Overwegende dat, na beslist te hebben betreffende de ingeroepen rechten van "nakeuring", zoals hierboven werd aangestipt, het arrest beschouwt dat vóór de uitzending niet bleek dat door verknippening in woord en/of beeld of door aanknopen met antwoorden van andere ondervraagden van eisers optreden in de reportage misbruik werd gemaakt en dat er vooralsnog geen aanwijzing voor gevaar was van dergelijk misbruik;

Overwegende dat verder uitspraak doende in verband met een eventuele aansprakelijkheid die het gevolg zou zijn van de verspreiding van de reportage, zoals zij gebeurde, het arrest een onderzoeksmaatregel beveelt;

Dat het onderdeel, hetwelk op een verkeerde interpretatie van het arrest steunt, feitelijke grondslag mist;

Over het derde middel, afgeleid uit de schending van

de artikelen 6, 1315, 1319, 1320, 1322, 1382 tot 1384 van het Burgerlijk Wetboek, 1, 5, 8, 9, 10, lid 1, van de wet van 22 maart 1886 op het auteursrecht, 2.1, *6bis*, *11bis* van de Overeenkomst van Bern voor de bescherming van letterkundige en kunstwerken, zoals zij werd herzien te Brussel op 26 juni 1948 en goedgekeurd door de wet van 26 juni 1951, het enig artikel van de wet van 27 juli 1953 betreffende de toepassing op de Belgen van zekere bepalingen van de Overeenkomst van 26 juni 1948, 10 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950, goedgekeurd door de wet van 13 mei 1955, 14, 18 en 97 van de Grondwet,

doordat, hoewel het de uitspraak over eisers vordering aanhoudt, in zoverre deze steunt op de aansprakelijkheid van verweerder voor de schade veroorzaakt door het verknippen van het door hem toegestane vraaggesprek, de montage en de uitzending van de reportage, tot na de onderzoeksmaatregel die het beveelt, te weten de beeld- en geluidsband van het vraaggesprek met eiser en van de reportage in haar geheel over te leggen en af te rollen vóór het hof, het arrest reeds eisers vordering als niet gegrond afwijst in zoverre zij steunt op de onrechtmatige daad van verweerder wegens krenking van een aan eiser toekomend recht op terugneming, op de gronden dat: 1) het niet blijkt dat eiser over een recht van terugneming beschikte; dat, bij gebreke van de vrije terugneming bedongen te hebben of daaromtrent voorbehoud bij de voorbereiding of de opname van het interview te hebben gemaakt, de vrijwillige instemming van eiser met medewerking aan een reportage, omvattend dat de uitzending zou geschieden na verknipping en in samenhang met woord en beeld van andere ondervraagden, redelijkerwijs behelst dat hij zijn bijdrage niet terugneemt, tenzij hiertoe ernstige grond voorhanden is, en zulks inzonderheid gezien eisers politieke functies, het informatierecht van het publiek en de informatieplicht die tot de opdracht van algemeen nut die door verweerder moet worden vervuld behoort; 2) het niet blijkt dat er een grond tot terugneming aanwezig is; dat het feit dat woord en beeld van eiser verknipt worden op zichzelf geen vrijheid van terugneming meebrengt, daar verweerder insgelijks tot eerlijke en trouwe weergave gehouden is, hetgeen volstaat om een reële waarborg voor de handhaving of herstelling van de persoonlijkheidsrechten van de ondervraagde te geven, en dat, wanneer eiser zijn verzet aan verweerder kenbaar gemaakt heeft, niets aanwees dat het vraaggesprek niet eerlijk en trouw in de reportage was verwerkt,

terwijl, eerste onderdeel, eiser bij conclusie niet deed gelden, "benevens" de schending van zijn persoonlijkheidsrecht, door krenking van zijn rechten van publicatie en van intrekking, verweerdters aansprakelijkheid op het stuk van verknippen van het door hem gevoerde vraaggesprek, de montage en de uitzending van de reportage, maar betoogde dat uit hun verband genomen zinnen bij de kijkers een andere weerklank kunnen hebben dan die welke de spreker heeft gewild, ongeacht de objectiviteit van de montage-journalist, dat de vrijwaring van zijn intellectuele en morele belangen vergde dat hij, in het stadium van de voorbereiding en vóór elke verspreiding van de reportage door de televisie, kon horen wat uit zijn redevoering overgehouden werd met aanknoping bij de antwoorden van andere

ondervraagden, en dat, bij ontstentenis van een antwoord van verweerder op dit punt, hij het morele recht had zich tegen het op antenne brengen van de reportage te verzetten; dat hij aldus de verknippingen, de montage, de samenstelling en de andere handelingen van de realisator aanmerkte als de bron van een mogelijke vervorming van zijn gedachte en zijn beeld, die aan zijn persoon verbonden bleven en waarop hij een onaantastbare controle behield vóór elke definitieve realisatie en uitzending van de reportage; dat het door het arrest ingevoerde onderscheid tussen de middelen, gesteund op verweerdters onrechtmatige daad wegens krenking van een aan eiser toekomend recht op terugneming, en die het voorgoed afwijst, en de middelen, steunend op verweerdters aansprakelijkheid op het stuk van verknipping en montage, waarover het de uitspraak aanhoudt, aldus de draagwijdte en derhalve de bewijskracht van de conclusie van eiser miskent (schending van de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek);

tweede onderdeel, het uit het recht op eerbiediging van de persoonlijkheid voortvloeiende moreel recht, dat eiser op zijn redevoering bezat, onvervreemdbaar is en onder meer het discretionaire en absolute recht van publicatie (of divulgatie) en van terugneming (of inkeer) omvat (in het bijzonder de artikelen 1 van de wet van 22 maart 1886 en *6bis* van de Overeenkomst van Bern); deze prerogatieven, die van openbare orde zijn, niet hoefden gestipuleerd te zijn om uitgeoefend te worden (de artikelen 6 van het Burgerlijk Wetboek, 14, 18 van de Grondwet en 10 van het Verdrag over de rechten van de mens); de beperkingen van het monopolie van de auteur, op het stuk van op politieke vergaderingen uitgesproken redevoeringen (de artikelen 10, lid 2, van de wet van 22 maart 1886), voor de behoeften van de actualiteitsinformatie (de artikelen *21bis* van meergenoemde wet en *10bis* van de Overeenkomst van Bern), met een kritisch, polemisch of onderwijsdoel (de artikelen 13 van de wet en 10 van de Overeenkomst) of op het gebied van de pers (de artikelen 14 van de wet en 9 van het Verdrag) het morele recht onverlet laten; de gekritiseerde gronden de draagwijdte van eisers moreel recht en van zijn persoonlijkheidsrecht miskennen, en bijgevolg de in het middel aangeduide bepalingen waardoor die rechten zijn geregeld, schenden (schending van de artikelen 1, 5, 8, 9, 10, lid 1, van de wet van 22 maart 1886, 2.1, *6bis*, *11bis* van de Overeenkomst van Bern, van het enig artikel van de wet van 27 juli 1956, van de artikelen 6 van het Burgerlijk Wetboek, 14, 18 van de Grondwet en 10 van het Verdrag over de rechten van de mens); behoudens bij misbruik in de uitoefening van die rechten, wat de rechter niet constateert, de beslissing eisers vordering op zijn buitencontractuele grondslag niet definitief heeft kunnen verwerpen (schending van de artikelen 1315, 1382, 1383 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek) en te dien aanzien niet passend met redenen is omkleed (schending van artikel 97 van de Grondwet);

derde onderdeel, zo het morele recht beperkingen ondergaat in werken in collaboratie, zoals een audiovisuele reportage, inzonderheid wegens het te bereiken doel dat noodzakelijk verknippings-, samenbrengings- en montageverrichtingen en het optreden van een realisator of producer omvat, deze beperkingen evenwel hun te

genprestaties vinden in de verplichting ze alleen met de instemming van de auteur te doen of pas na deze in staat gesteld te hebben zijn inbreng te verdedigen en te bekomen dat hij geëerbiedigd wordt in de met het gezamenlijk werk verenigbare mate; het arrest, door de uitspraak aan te houden over verweerders aansprakelijkheid wegens de verdraaiing van eisers bijdrage tengevolge van bovengemelde verrichtingen, impliciet doch zeker aanneemt, dat de verknippen, de samenbrenging, de montage en de andere verrichtingen van de realisator ten deze een krenking van eisers moreel recht en persoonlijkheidsrecht hebben kunnen uitmaken; maar, door thans reeds de vordering, gesteund op de onrechtmatige daad van verweerder wegens krenking van een aan eiser toekomend recht op terugnemning te verwerpen, om de redenen dat niet blijkt dat eiser over een recht van terugnemning beschikte of dat grond tot terugnemning aanwezig is, alhoewel het de uitspraak aanhoudt over verweerders aansprakelijkheid ter zake van het voorkomen en de antwoorden van eiser niet eerlijk en trouw te hebben weergegeven ofwel nadelig te hebben voorgesteld door het verknippen van het door hem toegestane vraaggesprek, de montage en de uitzending van de reportage, het bestreden arrest willekeurig het doel van het moreel of persoonlijkheidsrecht begrensd heeft tot een controle "a posteriori", die slaat op het ontzien van het werk, en dienvolgens dat recht ontdoet van zijn prerogatieven, gelegen in het recht van publikatie en het recht van terugnemning in het stadium van de voorbereiding van het werk in collaboratie, vóór de voltooiing en de publikatie of verspreiding ervan (schending van de artikelen 1, 5, 8, 9, 10, lid 1, van de wet van 22 maart 1886, 2-1, 6bis, 11bis van de Overeenkomst van Bern, het enig artikel van de wet van 27 juli 1953, de artikelen 6 van het Burgerlijk Wetboek, 14, 18 van de Grondwet, en 10 van het Verdrag van de rechten van de mens), althans de uitoefening van die prerogatieven afhankelijk stelt van de door de wet niet vereiste voorwaarde van het belang van de verknippen en van het bewijs, door eiser van dat belang, een bewijs dat onmogelijk kon worden geleverd tenzij door de vruchteloos gevorderde controle, welke controle het arrest in het gedeelte alvorens recht te doen van het dispositief beveelt (schending, bovendien, van de artikelen 1315, 1382, 1383, 1384 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet); waar het de restricties van het moreel recht van de gezamenlijke auteurs van een werk in collaboratie slechts beoordeelt ten aanzien van het recht van terugtrekking, zonder acht te slaan op het recht van publikatie (of divulgatie) dat ten deze speciaal omstreden was, noch op het bij conclusie behoorlijk onderstreepte feit dat het verzet was geldend gemaakt vóór de voltooiing van de reportage en de uitzending ervan, het arrest niet toereikend noch passend op eisers middel antwoordt (schending van artikel 97 van de Grondwet):

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat eiser in conclusie, benevens het in het middel aangehaalde betoog betreffende de verknippen en de montage, ook aanspraak maakte op een recht tot inkeer of van terugnemning;

Overwegende dat het arrest, na het recht van terugnemning van verweerder te hebben verworpen, de aansprakelijkheid van verweerder in zake verknippen en montage met betrekking tot de objectiviteitsplicht on-

derzoekt en de uitspraak dienaangaande aanhoudt;

Dat het hof van beroep zodoende de bewijskracht van de in het middel aangehaalde conclusie niet miskent;

Dat het onderdeel feitelijke grondslag mist;

Wat het tweede en het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat uit de vaststellingen van het arrest blijkt dat eiser een recht van "publikatie" en van "terugneming" uitsluitend ingeroepen had omdat hem geen kennis gegeven werd van wat uit de bijdragen van de andere ondervraagden in de eindmontage werd overgehouden; dat verweerder eiser de gelegenheid gegeven had de ganse opname van eisers interview te horen en in kennis gesteld te worden van de gedeelten ervan welke voor de uitzending werden gekozen en dat geen bezwaar werd uitgebracht in verband met het filmbeeld;

Overwegende dat het arrest, in verband met de aanspraken van eiser betreffende de ganse reportage, vaststelt en beschouwt dat de reportage de scheppende arbeid is van de televisiejournalist en van de instelling die hem opdracht gaf, dat de antwoorden van de andere ondervraagden vrije meningsuitingen zijn waarop geen toezicht aan de overige deelnemers van de reportage toekomt en dat de uitoefening van een willekeurig recht van terugnemning van woord en beeld in een reportage als de onderhavige daarenboven teweegbrengt dat het Instituut "De Belgische Radio en Televisie" dat opgericht werd als een openbare instelling verhinderd wordt zijn normale en verplichte opdracht naar behoren te volbrengen;

Overwegende dat het arrest, uit voormelde soevereine vaststellingen en overwegingen, wettelijk afleidt, enerzijds, dat eiser geen auteursrecht kon doen gelden op de reportage in zijn geheel en anderzijds dat een aanspraak op "terugneming" van zijn persoonlijke bijdrage in bedoelde reportage en een verzet tegen de "publikatie" van deze bijdrage uitsluitend steunend op de weigering van verweerder hem inzage te geven van de ganse reportage, waarop hij geen recht kon doen gelden, niet wettelijk verantwoord waren;

Overwegende immers dat uit de soevereine vaststellingen van het arrest blijkt dat eiser de terugnemning van zijn bijdrage in de reportage had geëist, niet omdat hij erin wijzigingen wenste aan te brengen of omdat hij ze niet meer goedkeurde, maar louter omdat hij rechten inriep, welke hij niet bezat, op de ganse reportage;

Dat een dergelijke aanspraak vreemd is aan het recht van terugnemning welke een auteur gerechtigd is te doen gelden;

Overwegende dat het arrest ook aanstipt dat eiser zich, tenminste impliciet, contractueel ertoe verbonden had de uitzending van zijn reportage toe te laten, wel wetende dat andere personen ook zouden geïnterviewd worden;

Overwegende dat, na aldus wettelijk aangenomen te hebben dat eiser, ten deze, ten onrechte het recht van "terugneming" (of tot inkeer) en het recht van "publikatie" verbonden aan de "auteursrechten" had ingeroepen, het arrest beslist dat zo, na het verrichten van de onderzoeksmaatregel welke het beveelt zou blijken dat schade aan eiser, ingevolge de uitzending, veroorzaakt zou zijn omdat ofwel de opname van zijn eigen interview en de verknippen ervan, waarvoor hij nagelaten had een "nakeuring" te verrichten, hoewel hij daartoe de gelegenheid had ofwel de montage en de uitzending van

de ganse reportage foutief en voor eiser nadelig zouden zijn, hij, ingevolge de bepalingen van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, recht op schadevergoeding zou hebben;

Dat het arrest zodoende geen enkele van de ingeroepen wetsbepalingen schendt;

Overwegende dat voor zover de onderdelen de schending van artikel 97 van de Grondwet inroepen, omdat naar de mening van eiser, de redenen van het arrest de beslissingen niet wettelijk rechtvaardigen, zij niet ontvankelijk zijn, daar deze grief vreemd is aan het vormvereiste van artikel 97 van de Grondwet;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

Om die redenen,

Verwerpt de voorziening.

NOOT—Het bestreden arrest van het Hof van Beroep te Gent van 26 april 1973 met een noot van Linda Gelaude verscheen in R.W., 1973-74, 480 e.v. Zie ook in dit nummer het artikel van Lode De Wilde, "Audiovisuele reportage en persoonlijkheidsrechten van de auteurs ervan".

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 3 OKTOBER 1975

Eerste voorzitter: de h. Louveaux

Raadsheer-rapporteur: ridder de Schaetzen

Advocaat-generaal: de h. Tillekaerts

Advocaten: mrs. A. Bayart en I. Claeys Bouaert

Eigendom—Bezit—Revindicatie door de beweerde eigenaar tegen de bezitter wiens bezit dubbelzinnig is—Bewijslast betreffende het eigendomsrecht en het contract krachtens hetwelk de bezitter de zaak onder zich houdt.

De omstandigheid, dat de bezitter van een zaak de bescherming van art. 2279 B.W. niet kan genieten, sluit in zich het bestaan in noch van het eigendomsrecht van degene die de zaak opvoert, noch van de aangevoerde oorzaak tot teruggave, ten deze de bewaargeving.

Degene die de teruggave van de goederen opvoert, blijft de bewijslast van zijn eigendomsrecht en van de bewaargeving dragen.

De Montjoie t/ Thys e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 8 maart 1974 door het Hof van beroep te Gent gewezen;

Over het middel afgeleid uit de schending van de artikelen 1315, 1915, 2229, 2279 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat, na geconstateerd te hebben dat de door de verweerders opgevorderde roerende goederen door de erflaatster, Eugénie Thys, aan eiser overhandigd waren, nu eiser stelde dat de erflaatster hem die goederen uit de hand had geschonken en nu de verweerders daartegenover stelden dat de erflaatster deze goederen aan eiser in bewaring had gegeven, het arrest eiser veroor-

deelt om die goederen aan de verweerders terug te geven en om rekening en verantwoording erover te doen, zulks op grond van de beschouwing dat het bezit door eiser van de betwiste goederen dubbelzinnig is in de zin van artikel 2229 van het Burgerlijk Wetboek, vermits het ten minste evengoed mogelijk is dat de goederen aan eiser ter bewaring werden overhandigd en het niet vaststaat dat de erflaatster onherroepelijk afstand ervan heeft gedaan, en zulks alhoewel eiser in zijn conclusie liet gelden dat de verweerders het bewijs niet geleverd hadden dat de betwiste goederen en waarden aan eiser slechts in bewaring toevertrouwd waren,

terwijl, nu de beschouwingen van het arrest de mogelijkheid niet uitsluiten dat de litigieuze goederen door de erflaatster, niet ten titel van bewaargeving, maar ten titel van schenking aan eiser werden overhandigd, hieruit volgt dat de vordering van de verweerders ongegrond diende te worden verklaard, aangezien het feit dat eiser bij gebrek aan ondubbelzinnig bezit in de zin van artikel 2229 van gezegd wetboek, artikel 2279 van het Burgerlijk Wetboek niet kon inroepen, de verweerders niet ontsloeg van het leveren van een bewijs, overeenkomstig artikel 1315 van gezegd wetboek, betreffende het feit dat die betwiste goederen de eigendom waren gebleven van de erflaatster en dat deze met eiser een overeenkomst van bewaargeving had afgesloten zoals bedoeld in artikel 1915 van hetzelfde wetboek,

en terwijl minstens het arrest geen antwoord inhoudt op het middel waardoor eiser liet gelden dat de verweerders de door hun ingeroepen overeenkomst van bewaargeving dienden te bewijzen, welk gebrek aan antwoord gelijkt met een gebrek aan de door artikel 97 van de Grondwet vereiste motivering;

Overwegende dat de vordering strekte tot teruggave, door eiser, van bepaalde hem door de erflaatster van de verweerders zagezegd in bewaring gegeven goederen, aan de verweerders, als wettige erfgenamen van de bewaargeefster; dat eiser tot zijn verweer liet gelden dat de kwestieuze goederen hem door de erflaatster van de verweerders geschonken werden van hand tot hand en hij zich op de bescherming van artikel 2279 van het Burgerlijk Wetboek beriep;

Overwegende dat het arrest beslist, enerzijds, zonder dienaangaande te worden bekritiseerd, dat het door eiser aangevoerde bezit dubbelzinnig is en de titel van eiser onzeker om de redenen dat het ten minste evengoed mogelijk is dat de goederen hem ter bewaring zijn overhandigd terwijl het niet vaststaat dat de erflaatster onherroepelijk afstand heeft gedaan van die goederen, en, anderzijds, dat eiser derhalve verplicht is die goederen af te geven aan de wettige erfgenamen, zijnde de verweerders;

Overwegende dat hieruit volgt dat het hof van beroep beslist dat eiser zich niet kan beroepen op een bezit dat krachtens de door artikel 2279 van het Burgerlijk Wetboek ingestelde bescherming als titel van eigendom geldt en dat eiser niet bewijst dat de kwestieuze goederen hem door de erflaatster van de verweerders ten titel van schenking werden overhandigd;

Overwegende echter dat de omstandigheid dat de bezitter van een zaak de bescherming van artikel 2279 van het Burgerlijk Wetboek niet kan genieten, het bestaan in zich sluit noch van het eigendomsrecht van de-

gene die de zaak opvoert, noch van de aangevoerde oorzaak tot teruggave, ten deze de bewaargeving; dat de verweerders, die als oorspronkelijke eisers de teruggave van de kwestieuze goederen opvorderen, derhalve de bewijslast van hun eigendomsrecht en van de bewaargeving blijven dragen;

Overwegende dat het arrest dat, zonder vast te stellen dat de verweerders dergelijk bewijs geleverd hebben, de teruggave van de kwestieuze goederen beveelt, zijn beslissing niet wettelijk rechtvaardigt;

Overwegende dat het arrest tevens de conclusie van eiser waarbij deze liet gelden dat de verweerders de door hun ingeroepen overeenkomst van bewaargeving dienden te bewijzen, niet beantwoordt;

Dat derhalve het middel gegrond is;

Om die redenen,

Vernietigt het bestreden arrest behalve in zoverre het beslist dat het bezit van eiser dubbelzinnig is;

Beveelt dat melding van dit arrest zal worden gemaakt op de kant van de gedeeltelijk vernietigde beslissing;

Houdt de kosten aan opdat erover door de feitenrechter zou beslist worden;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het Hof van beroep te Brussel.

NOOT—Wie de teruggave van lichamelijke goederen voert en beweert, dat het door zijn wederpartij aangevoerde bezit dubbelzinnig is, draagt de last van het bewijs dat het bezit, gelet op de omstandigheden, voor verschillende interpretaties vatbaar is (Cass., 20 december 1974, R.W., 1974-75, 1835, met noot).

Wie het voortdurend, onafgebroken, ongestoord, openbaar en niet dubbelzinnig bezit van roerende zaken heeft, wordt geacht de eigenaar ervan te zijn en wordt ervan vrijgesteld het schriftelijk bewijs te leveren van zijn titel van eigendom van deze goederen (Cass., 16 februari 1973, Arr. Cass., 1973, 606).

HOF VAN BEROEP TE GENT

9e KAMER — 11 JANUARI 1974

Voorzitter: de h. Beeckman

Raadsheren: de hh. Soetaert en Lamiroy

Advocaat: mr. G. Van den Broeke loco P. Verhaegen

Boetebeding—Verhogingsbeding—Geldigheid.

Geldig is het door de verkoper in overeenstemming met goed handelsgebruik uitgelegde en toegepaste verhogingsbeding dat beoogt een vergoeding voor werkelijk geleden schade te bepalen en niet hem voordelen te bezorgen, welke niet voortvloeien uit de normale uitvoering van de overeenkomst.

P.V.B.A. Culot & Chaidron t/ De Poorter

Gezien de stukken inzonderheid het vonnis bij verstek gewezen door de Rechtbank van Koophandel te Kortrijk, eerste kamer, op 15 maart 1973, waarvan de

oorspronkelijke eiseres tijdig en regelmatig in hoger beroep is gekomen;

Overwegende dat geïntimeerde, ofschoon behoorlijk opgeroepen, niet is verschenen noch iemand voor hem;

Overwegende dat het hoger beroep beperkt is tot de beschikking van het vonnis, waarbij het verhogingsbeding ad 20 %, dat op de ingevorderde factuur van 15 september 1972 is bedongen, nietig wordt verklaard;

Overwegende dat de eerste rechter het verhogingsbeding nietig en niet toewijsbaar heeft verklaard op grond dat:

1) zodanig beding in strijd is met de bevoegdheid van de rechter om uitstel te verlenen, welke de openbare orde raakt (artikel 1244 B.W.),

2) het beding in strijd is met artikel 1023 Ger. W., dat erdoor wordt omzeild,

3) de gerechtskosten met inbegrip van een rechtsplegingsvergoeding krachtens de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek moeten worden toegewezen aan de partij die gelijk krijgt, zodat het boetebeding een tweede betaling van dezelfde kosten betekent,

4) zodanig beding, toepasselijk op algemene en onbegrensde wijze zonder rekening te houden met de rechtmatigheid of onrechtmatigheid van de wanprestatie, strijdig is met de openbare orde (Cass., 29 september 1967, R.W., 1967-68, 590);

Overwegende dat het verhogingsbeding luidt als volgt: "Verwijlrenten: Bij gebreke van betaling binnen de voorziene termijnen, wordt het verschuldigde bedrag forfaitair en onverminderbaar met 20 % verhoogd, zonder inmorastelling";

Overwegende dat dit beding, niettegenstaande het inleidende woord "verwijlrenten", niet als een rentebeding kan worden beschouwd, daar de verhoging niet periodiek, maar integendeel afgezien van elke (te) verlopen tijdspanne is bedongen; dat nochtans bij de beoordeling van het beding rekening moet worden gehouden met de omstandigheid dat anderszins generlei verwijlrente bedongen is, noch gevorderd wordt;

Overwegende dat uit de overgelegde briefwisseling blijkt dat appellante, ofschoon van ingebrekestelling ontslagen, geïntimeerde niettemin eerst om betaling heeft verzocht en als antwoord een ongedekte cheque heeft verkregen, daarna geïntimeerde in gebreke heeft gesteld onder afstand van de verhoging in geval van tijdige betaling en eerst na vijf maanden heeft gedagvaard;

Overwegende dat nietigverklaring van een beding op grond van zijn bewoordingen alleen, terwijl uit de gedragingen van de schuldeiser blijkt dat hij dat beding niet woordelijk, maar in overeenstemming met goed handelsgebruik heeft uitgelegd en toegepast, zich niet opdringt;

Overwegende dat de rechter bevoegd is om termijnen te verlenen niettegenstaande enig hiermee strijdig beding (artikel 1244 B.W.); dat deze regel evenwel alleen tot gevolg heeft dat de rechter de dadelijke uitvoering van de verbintenissen uit de overeenkomst kan verhinderen, maar niet dat de schuldenaar ontslagen wordt van zijn aansprakelijkheid wegens de niet-uitvoering van enige verbintenis die uit de overeenkomst voortspuit, daar hij hiervan slechts ontheven wordt door een vreemde oorzaak, toeval of overmacht (verg. Cass., 21 februari 1964, Pas., 1964, I, 662);

Overwegende dat artikel 1023 Ger. W. geen bepaling is van burgerlijk recht maar van procesrecht en alleen de nietigheid voorschrijft van bedingen "tot verhoging van de schuldvordering ingeval deze in rechte zouden worden gevorderd", d.w.z. waarbij de verhoging afhankelijk gemaakt wordt van het al dan niet uitoefenen door de schuldenaar van zijn recht van verdediging in rechte;

Overwegende dat de toekenning van een wettelijk bepaalde rechtsplegingsvergoeding niet verhindert dat de schuldeiser die zoals in casu anderszins geen rente bedingt, schade lijdt door (1) verlies van wettelijke rente, (2) verlies van hogere rente bij eigen kredietopneming, (3) kosten van verzekering tegen insolventie, (4) administratiekosten, welke schadeposten niet gedekt zijn door de rechtsplegingsvergoeding en geleden worden afgezien van enige rechtsvordering;

Overwegende dat uit het voorgaande blijkt dat het verhogingsbeding ter zake wel beoogt een werkelijk geleden schadevergoeding vast te bepalen en niet aan de verkoper voordelen te bezorgen die niet voortvloeien uit de normale uitvoering van de overeenkomst;

Op die gronden,

Gelet op artikel 24 van de Wet van 15 juni 1935;

Verleent verstek tegen geïntimeerde, die niet is verschenen;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond;

Vernietigt het bestreden vonnis in zoverre het wordt aangevochten en desaan gaande opnieuw wijzende, veroordeelt geïntimeerde om, boven het reeds toegekende bedrag te betalen 14.175 frank, daaronder begrepen de gerechtelijke rente;

Veroordeelt geïntimeerde tevens in de kosten gevallen op het hoger beroep.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

7e KAMER — 6 JUNI 1975

Voorzitter : de h. P. Weyens

Raadsheren : de h. J. Lebeer en J. De Peuter (rapporteur)

Advocaat-generaal : de h. L. Vervliet

Advocaten : mrs. R. Van Hoof en F. Maris

1. Strafvordering—Hoger beroep—Door openbaar ministerie—Afstand—2. Taalgebruik in gerechtszaken—Proces-verbaal—Tolk—Beëdigd vertaler.

1. Het openbaar ministerie oefent de strafvordering uit, maar beschikt er niet over. Na hoger beroep te hebben aangetekend heeft het openbaar ministerie niet meer de bevoegdheid om van zijn vordering afstand te doen. Er kan dan ook geen sprake zijn van een stilzwijgende berusting in het bestreden vonnis.

2. Aan de hand van de vermelding in een proces-verbaal, dat de verklaring van een duitssprekende getuige door een "tolk" werd vertaald, kan niet worden uitgemakkt of deze tolk al dan niet een beëdigde vertaler in de zin van art. 31 van de Wet van 15 juni 1935 was.

V.R. en W.

Overwegende dat het hoger beroep van de procureur des Konings te Hasselt regelmatig is naar de vorm en tijdig, namelijk op 24 oktober 1974, werd ingesteld;

Overwegende dat beklaagden in hun conclusie beweren dat dit hoger beroep "op onregelmatige wijze werd ingesteld en dus nietig dient verklaard"; dat zij twee grieven opwerpen;

Overwegende dat wordt aangevoerd, dat art. 207 van het Wetboek van Strafvordering zou geschonden zijn doordat het dossier van de rechtspleging niet binnen vier en twintig uren na de verklaring van hoger beroep ter griffie zou overgemaakt zijn aan de griffie van het Hof;

Overwegende dat voornoemd artikel 207 slechts een reglementaire waarde heeft en de niet-nakoming van de erin voorgeschreven termijn geen nietigheid kan meebrengen;

Overwegende dat de beklaagden een stuk voorleggen waaruit blijkt dat de procureur des Konings te Hasselt op 29 oktober 1974 tegen beklaagde V.R. het bestreden vonnis deed uitvoeren wat betreft het verbod tot het houden van de drankgelegenheid; dat uit de pleidooien gebleken is dat de beklaagden hieruit afleiden, dat de procureur des Konings, die tijdig hoger beroep aantekende, na het verstrijken van de beroepstermijn geldende voor deze magistraat, afstand zou gedaan hebben van dit hoger beroep en in het bestreden vonnis op stilzwijgende wijze zou berust hebben;

Overwegende dat het openbare ministerie de openbare vordering uitoefent (art. 1 Wet 17 april 1878) maar er niet over beschikt; dat nadat het hoger beroep is aangetekend, het openbaar ministerie de bevoegdheid niet meer heeft dit hoger beroep in te trekken; dat in casu dus geen sprake kan zijn van stilzwijgende berusting in het bestreden vonnis;

Overwegende bijgevolg dat het hoger beroep ontvankelijk is;

Betreffende de grond

Overwegende dat de duitssprekende getuige Straub Rosemarie telkens verhoord werd met tussenkomst van de rijkswachtofficier Wouters Guido, die in de processen-verbaal "tolk" genoemd wordt (stukken 6-8 en 9); dat niet uit te maken valt in de huidige stand van het dossier of bedoelde tolk al dan niet een beëdigde vertaler was, en bijgevolg of het Hof deze processen-verbaal met de erin opgenomen verklaringen eventueel als opgesteld in strijd met artikel 31 van de Wet van 15 juni 1935, uit de debatten dient te verwijderen;

Overwegende dat het dus gepast voorkomt de debatten te heropenen ten einde te laten aantonen dat de tolk Wouters Guido, rijkswachtofficier, geboren te Leopoldsburg op 26 mei 1945, op het ogenblik van het opstellen der stukken 6-8 en 9 van onderhavig dossier, beëdigd vertaler was;

(...)

NOOT—Inzake hoger beroep van het openbaar ministerie, zie in dezelfde zin A. VANDEPLAS, noot onder Hof Brussel, 3 mei 1973, R.W., 1973-74, 940 met de aldaar vermelde rechtspraak en rechtsleer, aan te vullen met J. MANGIN, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, 1839, p. 30; *Pandectes B.*, Tw. *Action publique*, nr. 183; F. HÉLIE, *Traité de l'action publique et de l'action civile*, Brussel, 1853, p. 295, nrs. 784-785.

HOF VAN BEROEP TE GENT

9e KAMER — 9 JULI 1975

Voorzitter : de h. Beeckman

Raadsheren : de hh. Soetaert en Lamiroy

Advocaten : mrs. R. Durieu en J. D'Hulst

Afstamming—Vermoedelijk vaderschap—Overeenkomst betreffende uitkering tot onderhoud—Latere erkenning door een andere man—Gevolgen voor de nog niet uitgewerkte overeenkomst.

De erkenning van een kind werkt in principe terug tot op de dag van de geboorte en aldus zijn de afstamming van het kind en zijn rechten wettelijk vastgesteld overeenkomstig de artikelen 331, 333 en 203 B.W.

De overeenkomst betreffende uitkering tot onderhoud op grond van vermoedelijk vaderschap (art. 340, b en c, B.W.) verliest haar rechtsgrond en is niet meer voor uitvoering vatbaar ten gevolge van de erkenning en de wetgeving van het kind door een andere man en de moeder die met elkaar huwen.

M. e.a. t/ G.

Gezien het tussenarrest van dit Hof, 9e kamer, van 13 juni 1974 ;

Overwegende dat, bij verzoekschrift van 22 februari 1945, eerste appellante Marcella M., toen minderjarig en vertegenwoordigd door haar vader Silverius M., op grond van art. 340, b en c, B.W., benevens kosten van bevalling en vier weken onderhoud, uitkering tot onderhoud vorderde ten behoeve van haar erkend natuurlijk kind Anny M., geboren te 12 juli 1944, tegen geïntimeerde Robert G., toen minderjarig en vertegenwoordigd door zijn vader Achiel G. ;

dat vooraleer deze vordering bij dagvaarding werd voortgezet, de vertegenwoordigers van voornoemde minderjarigen het rechtsgeding beëindigden door een overeenkomst, houdende de betaling door Robert G. van de kosten van bevalling en vier weken onderhoud en van een kapitaal van 20.000 frank, te vereffenen in vijf jaarlijkse schijven van 5.000 frank ;

dat de kosten van bevalling en vier weken onderhoud en de eerste schijf van 5.000 frank onmiddellijk betaald zijnde, nog bedongen werd dat "de volgende stortingen niet meer zullen gebeuren, indien de beide jongelui inmiddels in het huwelijk treden" ;

Overwegende dat appellanten betaling vorderen van het saldo of 16.000 frank, te vermeerderen met de moratoire rente ;

Overwegende dat de verbintenis, aangegaan in de litigieuze overeenkomst, tot voorwerp heeft de uitvoering van verplichtingen steunend op het vermoedelijk vaderschap ; dat overigens appellanten in conclusie stellen "dat de bedongen som van 20.000 frank dient tot forfaitaire regeling van het aandeel van geïntimeerde in het onderhoud van het natuurlijk kind door zijn moeder" ;

Overwegende dat uit de randmelding in de akte van geboorte blijkt dat het kind Anny-Maria-Cornelia, geboren op 12 juni 1944 uit Marcella-Lucia-Cornelia M., erkend en gewettigd is geweest door zijn vader en moe-

der Valerius-Edmondus C. en Marcella-Lucia-Cornelia M. bij akte van huwelijk van 11 mei 1946 ;

Overwegende dat de erkenning tot op de dag der geboorte in principe terugwerkt en dat aldus de afstamming van het kind en zijn rechten wettelijk vastgesteld zijn overeenkomstig de artikelen 331, 333 en 203 B.W. ;

Overwegende dat de litigieuze overeenkomst tengevolge van de erkenning en wettiging van het kind de rechtsgrond van art. 340, b, B.W. verliest en derhalve thans niet meer vatbaar is voor uitvoering ;

Overwegende dat de interpretatie van de litigieuze overeenkomst derhalve overbodig voorkomt ;

Om die redenen,

Het Hof,

Gelet op artikel 24 van de Wet van 15 juni 1935 ;

Alle andere en meeromvattende conclusies als ongegrond verwerpend ;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond ;

Bevestigt derhalve het bestreden vonnis doch om andere redenen dan die van de eerste rechter ;

Veroordeelt appellanten in de kosten van hoger beroep.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE MECHELEN

1e KAMER — 17 JUNI 1975

Voorzitter : de h. Kiekens

Rechters : de h. Forche en mevr. Bourgeois

Openbaar ministerie : de h. Van den Sande

Advocaat : mr. Ferdinand

Burgerlijke stand—Verbetering van de geboorteakte—Transseksueel.

In de huidige stand van de wetgeving maakt een artificiële ingreep het niet mogelijk het geslacht in rechte te wijzigen door middel van verbetering in de registers van de burgerlijke stand.

X

Gezien voorgaand verzoekschrift van 21 april 1975 waarbij de verbetering van de geboorteakte van verzoeker (...) wordt gevraagd door de vervanging van de vooramen "Jan Albert" door die van "Brigitte", door de vervanging van de woorden "zoon van ..." door de woorden "dochter van ..." en welk verzoekschrift in conclusie wordt uitgebreid met het verzoek tevens de woorden "van het mannelijk geslacht" te vervangen door de woorden "van het vrouwelijk geslacht" ; dat klaarblijkelijk wordt bedoeld voor wat de geboorteakte betreft de vervanging van de vooramen "Jan Albert" door die van "Brigitte" en de vervanging van de woorden "van het mannelijk geslacht" door de woorden "van het vrouwelijk geslacht" en voor wat de uittreksels van deze geboorteakte betreft de vervanging van de woorden "zoon van" door de woorden "dochter van" ;

(...)

Verzoeker werd te W. op 24 februari 1947 geboren en op de geboorteakte werd hij aangegeven als zijnde van het mannelijk geslacht.

Uit het psychiatrisch verslag van F.J. L., wetenschappelijk medewerker in het academisch ziekenhuis te Groningen, van 7 november 1974 blijkt dat hij zich in travestie kleedde vanaf zijn zeventiende jaar tijdens de weekends en vanaf zijn eenentwintigste jaar op continue wijze. In 1967 is hij via de huisarts met hormoontherapie begonnen omdat hij mammae-ontwikkeling wenste. Als kind was hij altijd meisjesachtig geweest en sedert het dertiende jaar voelde hij zich bewust als vrouw. Hij heeft geruime tijd een verhouding gehad met een zeeman. In het seksuele contact beleeft hij zich als vrouw. Bij algemeen somatisch onderzoek vallen geen afwijkingen op, wel imponeren de mannelijke habitus en secundaire geslachtskenmerken, flinke mammae-ontwikkeling, de kleine penis en atrofische testikels.

Het besluit van het psychiatrisch onderzoek luidt: "Patiënt is te beschouwen als kern- of primaire transseksueel, waarbij weinig manifeste neurotische problematiek aanwezig is en waarbij differentiaal diagnostische overwegingen negatief uitvallen. Tevens functioneert patiënt gedurende zeven jaar op een bevredigende en aangepaste wijze in de vrouwelijke rol en gebruikt hij sedert deze tijd vrouwelijke hormoonpreparaten. Tijdens de psychiatrische observatie konden we ons bij herhaling niet aan de indruk onttrekken met een vrouw te doen te hebben. We zijn van mening dat een operatieve geslachtscorrectie patiënt in staat zal stellen zich verder aan te passen aan het reeds gekozen vrouwelijk functioneren en dat hiermee een bijdrage geleverd wordt aan zijn levensgeluk. Voor een dergelijke operatieve ingreep hebben we op grond van het onderzoek geen contra-indicaties gevonden".

Op 19 november 1974 werd te Groningen penisamputatie, castratie en vulvovagina-reconstructie uitgevoerd. Het histologisch verslag van de testikels vermeldde sterke atrofie. Aan beide testikels bevond zich een stuk funiculus spermaticus (zaadstreng) van ongeveer 1,5 cm. Op doorsnee werden aan beide testikels geen afwijkingen aan het testikel parenchym, epididymis (bijbal) of funiculus gezien. De tubuli seminiferi (zaadbuisjes) zijn alle celarm en hebben duidelijk verdikte basale membranen, terwijl er nergens meer sprake is van uitrijping tot spermatozoën. Er is enige hyperplasie van de Leydigcellen. Andere afwijkingen zijn er verder niet. De epididymis en de ductus deferens zijn geheel normaal van aspect.

Het is wenselijk voor de oplossing van het probleem dat ontstaat door de weerslag van nieuwe medische technieken op bestaande rechtsinstellingen, gegrond op oudere wetsbepalingen, ook de buitenlandse rechtspraktijk na te gaan.

In Nederland werd door het Hof van Amsterdam op 17 april 1973 (N.J., 1973, nr. 330) aanvaard dat het vaststaat dat X als constitutionele genuïne transsexist reeds bij de geboorte met onontkomelijke zekerheid gedoemd was om zich geestelijk en emotioneel als vrouw te ontwikkelen en dat op zijn minst moet geconcludeerd worden dat X bij de geboorte mede van het vrouwelijk geslacht was; bijgevolg werd een misslag in de zin van art. 29 B.W. aanvaard.

Het arrest van het Hof van Amsterdam van 22 mei 1973 (N.J., 1973, nr. 331) ging nog verder. Hoewel er geen misslag is ten aanzien van de vermelding van het geslacht in de geboorteakte, moet in redelijkheid worden aangenomen dat de wet niet alleen de verbetering van een geboorteakte met betrekking tot het daarin vermelde geslacht toelaat wanneer die vermelding van het begin af onjuist is geweest doch ook wanneer die vermelding later is gebleken wijziging te behoeven.

Op vordering tot cassatie in het belang van de wet besliste de Hoge Raad op 13 december 1973 dat de operatieve ingreep er niet toe geleid heeft dat X zijn mannelijk geslacht heeft verloren en zeker niet dat hij daardoor tot het vrouwelijk geslacht is gaan behoren (N.J., 1975, nr. 130).

Drie beschikkingen van het Hof van 's Gravenhage (23 november 1973, N.J., 1975, nr. 49; 7 juni 1974, N.J., 1975, nr. 50; 7 juni 1974, N.J., 1975, nr. 51) aanvaardden een misslag in de zin van art. 29 B.W. wanneer de anatomische geslachtskenmerken van een persoon niet overeenstemmend waren met het gedrag of de neigingen dat op het andere geslacht leek en dat door operatieve ingreep werd aangepast. Wijzigingen aan de geboorteakte werden bijgevolg toegestaan.

De Hoge Raad vernietigde op 3 januari 1975 in het belang van de wet de beschikking van het Hof van 's Gravenhage van 7 juni 1974 (N.J., 1975, nr. 187).

Het Hof te 's Hertogenbosch (4 januari 1973, N.J., 1973, nr. 516) aanvaardt alleen dan misslag als bedoeld in art. 29 B.W. indien in de akte van geboorte de toestand op het tijdstip van de geboorte niet juist is weergegeven.

In Duitsland wordt de verbetering van de geboorteakte niet toegestaan, indien de wijziging van het geslacht het gevolg is van het innemen van hormoonpreparaten en operatief ingrijpen (K.G. Berlijn, 11 januari 1965, N.J.W., 1965, 1084; O.L.G. Frankfurt 8 december 1965, N.J.W., 1966, 407; O.L.G. Frankfurt, 14 februari 1969, N.J.W., 1969, 1575; B.G.H., 21 september 1971, *Das Ständesamt*, 1972, 137).

In dezelfde zin deed het Hof van Cassatie van Italië uitspraak (Cass., 13 juni 1972, *Foro Italiano*, 1972, I, 2399).

In het Engelse geval *Corbett v. Corbett* (P. [1971] 83) werd het huwelijk van een man met een door een heelkundige bewerking tot vrouw geworden persoon nietig verklaard omdat het huwelijk essentieel een verhouding is van een man met een vrouw en de vrouw in casu geen vrouw was.

In Frankrijk werd door het Hof van Beroep te Parijs op 8 december 1967 (*J.C.P.*, 1968, II, 15518bis) de verbetering van het geslacht en van de voornaam toegestaan op grond van het deskundigenverslag dat een materiële vergissing met betrekking tot het schijnbare geslacht had aangenomen op het ogenblik van de aangifte van de geboorte.

Het Hof van Beroep te Parijs aanvaardde op 18 januari 1974, (*D.S.*, 1974, J., 196 met conclusie van de adv.-gen. Granjon) verbetering slechts in geval van vergissing. Deze vergissing kan slechts jaren later blijken, maar zij mag niet worden aangetoond door loutere heelkundige ingrepen, die een artificiële wijziging van de uiterlijke geslachtskenmerken tot gevolg hebben gehad.

In België werden in twee beschikkingen (Rb. Turnhout, 21 juni 1972, en Rb. Leuven, 1 oktober 1973, niet gepubliceerd) de wijziging van geslacht en voornaam toegestaan. Het Hof van Beroep te Brussel bevestigde op 7 mei 1974 (*J.T.*, 1974, 713) de beschikking van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel van 30 januari 1974 waarbij het verzoek tot geslachts- en voornaamswijziging werd afgewezen.

In casu blijkt uit het histologisch verslag duidelijk dat verzoeker bij zijn geboorte van het mannelijk geslacht was. De atrofie der testikels levert geen bewijs van het tegendeel en kan het gevolg zijn van het jarenlange gebruik van oestrogenen. Een vergissing nopens het vermelde geslacht in de geboorteakte is bijgevolg uitgesloten.

Dit geval moet worden onderscheiden van de hypothese, die geen geslachtstransformatie is, waarbij individuen in het bezit zijn van kenmerken van beide geslachten (intersexualiteit) en waar door heelkundig ingrijpen wordt bereikt dat de kenmerken van één geslacht worden verwijderd en de kenmerken van het andere geslacht worden bevorderd zodat het voorafbestaande geslacht wordt onthuld.

Wetenschappelijk kan worden aangenomen dat de vaststelling van het geslacht niet alleen zou mogen voortvloeien uit het waarnemen van de uitwendige geslachtstekens, dat tevens aandacht moet worden besteed aan andere factoren zoals o.m. psychologische, hormonale en genetische (F. Rigaux, *Les personnes*, t. I, *Les relations familiales*, 1971, nr. 28).

De wet doet echter alleen op de uiterlijk waarneembare geslachtskenmerken. In de huidige stand van de wetgeving laat een artificiële ingreep niet toe het geslacht in rechte te wijzigen door middel van verbetering in de registers van de burgerlijke stand. Hiertoe is een wetswijziging vereist. De rechtszekerheid en de rechtsgebondenheid van de rechter laten hem niet toe in zijn beleid vooruit te lopen op mogelijke ontwikkelingen van de wet. Ondanks het zedelijk belang van verzoeker met betrekking tot de gevraagde verbeteringen wordt ter zake in het vigerende regelsysteem geen grondslag gevonden voor een rechtsvinding contra legem. (...)

NOOT—Verandering van de geslachtsaanduiding bij transseksuelen

1. Inleiding

Bovenstaand vonnis is weliswaar niet de eerste Belgische beslissing die gepubliceerd wordt op het gebied van de verandering van de geslachtsaanduiding van transseksuelen, maar het verdient alle aandacht om zijn bijzonder ruime rechtsvergelijkende grondslag.

In de lijn van hetgeen het Hof van Beroep te Brussel voordien besliste¹, meent de rechtbank te Mechelen: (a) dat de vermelding van het geslacht in de akte van geboorte de *lege lata* dient gebaseerd te zijn op de uiterlijk waarneembare

geslachtskenmerken, met uitsluiting van andere aanwijzingen of criteria, en (b) dat geen verbetering van de geslachtsvermelding in een akte van geboorte die regelmatig opgesteld is mogelijk is op grond van een artificiële ingreep die de uiterlijke geslachtskenmerken verandert.

Deze dubbele stellingname noopt ons tot enkele beschouwingen, die evenwel het complexe onderwerp geenszins uitsluiten.

I. DE BEPALING VAN HET GESLACHT

2. Belang van het geslacht in het recht

Het geslacht van een persoon is een element van zijn staat. Voor de toepassing van vele wetsvoorschriften is het van belang te weten tot welk geslacht iemand behoort. Weliswaar heeft de zgn. emancipatie van de vrouw, een markant gegeven in de huidige evolutie van samenleving en recht, tot gevolg dat deze voorschriften in aantal en in belang verminderen. Maar hoezeer de juridische discriminatie tussen man en vrouw ook weggewerkt wordt, toch houdt men vast aan het onderscheid tussen beide geslachten en aan de visie dat een wettige levensgemeenschap slechts aangegaan kan worden door twee personen van verschillend geslacht. Ook buiten het huwelijk is het voor een persoon van het grootste belang seksueel gedefinieerd te kunnen worden. Deze seksuele bepaling komt vooral tot uiting in de voornamen: behoudens hoge uitzondering houden ze mede een geslachtsaanduiding in.

3. Bepaling en bewijs van het geslacht

Het bewijs van het geslacht, een rechtsfeit dat de staat van de persoon beïnvloedt, is zoals het bewijs van de andere elementen van de staat streng geregeld. Men bewijst het geslacht van een persoon niet door alle middelen, maar wel door de akte van geboorte, waarin het geslacht vermeld wordt. (We hoeven hier niet nader in te gaan op bewijsvragen i.v.m. het geslacht ingeval er geen akte van geboorte voorhanden is.)

De vermelding van het geslacht geschiedt door de ambtenaar van de burgerlijke stand. De wetgever ging ervan uit dat de ambtenaar zelf het geslacht zou vaststellen, aangezien het kind hem diende vertoond te worden; feitelijk verlaat de ambtenaar zich op het medisch attest dat hem wordt voorgelegd.

De vermelding van het geslacht door de ambtenaar van de burgerlijke stand geldt niet tot inschrijving wegens valsheid: men neemt aan dat deze slechts nodig is indien kwade trouw aanwezig is (DE PAGE, I, nrs. 413 en 416), en zelfs neemt men aan, sinds lang, dat de ambtenaar van de burgerlijke stand, zelfs al wordt hij bijgestaan door een geneesheer, niet geroepen is en evenmin in staat is om het geslacht van het kind vast te stellen (Rb. Brussel, 5 februari 1853, *Cloes et Bonjean*, 1853, 578; circ. min. just. Faider van 30 juni 1853, *Cloes et Bonjean*, 1853, 581; Rb. Luik, 9 februari 1973, *Jur. Liège*, 1972-73, 283).

In de laatst aangehaalde beslissing stelt de rechtbank te Luik zelfs dat de geslachtsvermelding in de akte slechts geldt tot tegenbewijs. Mag men eruit afleiden dat men het geslacht van een persoon mag bewijzen door andere middelen dan de geboorteakte, tegen de geboorteakte²? Deze stelling zal zeker niet algemeen aanvaard worden³.

Inderaad dient aangenomen te worden dat de elementen van de staat normaliter *alleen* met de akten van de burgerlijke stand mogen bewezen worden. Hieruit volgt o.m. dat in ons recht een persoon slechts één seksuele identiteit kan

² De bekoring om deze houding aan te nemen zou kunnen bestaan in een vordering tot nietigverklaring van een huwelijk wegens gelijkheid van geslacht of onbestemd geslacht. Vgl. Rb. Luik, 7 maart 1949, *Pas.*, 1949, III, 116, waar evenwel niet beweerd werd dat er gelijkheid van geslacht of afwezigheid van een bestemd geslacht was.

³ Anderzijds is het zo dat zelfs al wordt dit standpunt ingenomen, een verbetering van de akte hoogst wenselijk kan zijn ingeval er een verkeerde melding in voorkomt.

¹ Hof Brussel, 1e k., 7 mei 1974 (*J.T.*, 1974, 713; *Rev. not. belge*, 1975, 137, met noot van L. KLUGER en J. MAES), bevestigde het vonnis van 30 januari 1974 van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, dat het verzoek verwierp tot verbetering van de geboorteakte van een (vrouwelijke) transseksueel, door verandering van geslachtsaanduiding en voornamen.

hebben, en niet verschillende, in functie van de onderscheiden sociale omstandigheden waar het geslacht relevant is⁴.

De voorschriften omtrent de bepaling en het bewijs van het geslacht steunen op een fundamentele opvatting. Het loont de moeite er even de elementen van te onderscheiden en ze expliciet te formuleren:

- a) ieder mens is een man of een vrouw;
- b) men erkent het geslacht aan uiterlijk waarneembare, morfologische kenmerken;
- c) ieder mens verworft zijn geslacht definitief bij de aanvang van zijn leven.

Deze visie ruimt geen plaats voor (a) de mogelijkheid dat iemand niet tot één van beide geslachten zou behoren of zich in een interseksuele toestand zou bevinden (d.i. enigszins tot beide geslachten zou behoren); (b) dat het geslacht anderszins zou bepaald worden dan op bovengenoemde uiterlijke kenmerken; (c) dat een persoon op seksueel gebied in de loop van zijn leven van statuut zou veranderen.

Uit de drie principes volgt dat er geen recht op geslachtskeuze bestaat (en dus geen recht om zijn geslachtskenmerken te veranderen). Wel mag door operatief ingrijpen klaarheid geschapen worden indien de uiterlijke kenmerken van een individu hem in een interseksuele toestand plaatsen.

4. De vijf criteria voor het bepalen van het geslacht

De huidige wetenschap kent minstens vijf criteria tot het bepalen van het geslacht: het genetisch, het gonadisch, het morfologisch, het hormonaal en het psychologisch criterium (F. RIGAUX, *Les Personnes*, I, nr. 28; J. PERIN, "La détermination du sexe et l'aptitude au mariage à la lumière des acquisitions récentes en biologie de la reproduction humaine", *Annales de Droit*, XXV (1965), blz. 137-143; A. HUFFSTANDT, e.a., *Gestoorte geslachtsontwikkeling bij kinderen*, Leiden, 1975).

Men onderscheidt:

- a) het genetisch criterium (XY resp. XX chromosomen);
- b) het gonadisch criterium (teelballen resp. eierstokken);
- c) de morfologische criteria:
 - de uiterlijke en inwendige primaire geslachtskenmerken;
 - de secundaire geslachtskenmerken, gevolg van hormoon samenwerking (zie d);
- d) de hormonale criteria:
 - testosteron resp. oestradiol, die de uitwendige secundaire geslachtskenmerken beïnvloeden;
 - de verschillende wijze waarop de geslachtshormonen worden gemetaboliseerd;
- e) het psychologisch criterium (mentale organisatie: waarschijnlijk wordt deze door de mannelijke, resp. vrouwelijke hormonen beïnvloed vanaf het intra-uterine stadium; later ondergaat het individu andere invloeden die zijn psychologisch geslacht verder bepalen).

Veruit de meeste individuen behoren volgens bovenstaande criteria tot één enkel geslacht (zodat men o.m. bij het bepalen van het geslacht het eenvoudigst te hanteren criterium kan aanwenden: zie verder, nr. 5). Toch komen er gevallen van interseksualiteit voor, bij personen die op grond van de verschillende criteria niet tot één zelfde geslacht behoren. Ze behoren niet tot een «derde geslacht»: men kan zeggen dat ze gedeeltelijk tot de beide geslachten behoren.

Het ware onbegonnen werk de verschillende interseksuele toestanden te inventariseren (zie GILBERT-DREYFUS, *Les intersexualités*, Parijs, P.U.F., 1972 [Coll. "Que sais-je?", nr. 1494]; W.A. VAN NIEKERK, *True Hermaphroditism, Clinical, Morphologic and Cytogenetic Aspects*, Hagerstown [Maryland], Harper & Row, 1974).

Men staat hier voor een zeer complexe werkelijkheid waarvan de kennis gestadig groeit. Vermelden we slechts de drie belangrijkste categorieën:

- a) *echt hermafroditisme*: individuen bij wie het gonadisch toebehoren tot een bepaald geslacht dubbelzinnig is: bij hen wordt én testis- en ovariumweefsel aangetroffen;

⁴ Theoretisch kan men zich bv. indenken dat het geslacht qua naam, identiteitskaart, paspoort, verschillend zou zijn van het geslacht i.v.m. huwelijksbekwaamheid of het afsluiten van verzekeringen.

- b) *pseudo-hermafroditisme*: genetisch en gonadisch vrouwelijke individuen met uiterlijke mannelijke of dubbelzinnige kenmerken en vice-versa;

- c) *transseksualiteit*: uitsluitend mannelijke uiterlijke, genetische en gonadische en hormonale kenmerken, komen voor bij psychologisch vrouwelijke individuen (mannelijke transseksuelen) en vice versa (vrouwelijke transseksuelen) (zie verder, nr. 7).

Het is duidelijk dat het zwart-wit beeld mannen/vrouwen in een aantal marginale gevallen geen toepassing vindt. Men ontmoet een aantal personen die niet duidelijk uitsluitend tot één geslacht behoren. Een correcte bepaling van hun toestand is dat zij zich tussen de beide geslachten bevinden, juist, dat zij in onderscheiden opzichten mede tot elk der geslachten behoren.

Hormonale behandeling, aanpassingen en operatieve ingrepen hebben het in de recentste kwarteeuw mogelijk gemaakt personen met seksuele kenmerken die elkaar tegen spreken duidelijker tot één der geslachten te doen behoren. Het gaat weliswaar om gewilde en artificiële ingrepen, maar het resultaat is een vollediger benadering van één der geslachten door een individu wiens geslachtelijk toebehoren onzeker is.

5. De morfologische aanpak: voor- en nadelen

In de praktijk wordt het geslacht bepaald, bij de geboorte, hoofdzakelijk zij het niet uitsluitend, op grond van het morfologische criterium. Enigszins speelt ook het gonadische criterium (testes) een rol.

De morfologische aanpak biedt een oplossing die totale voldoening schenkt, en verschaft een criterium dat niet alleen eenvoudig te hanteren is, maar eigenlijk het enige is dat concreet kan worden toegepast bij de geboorte (aangezien de akte van geboorte binnen de drie dagen na de geboorte dient opgesteld te worden).

Sommige kenmerken (secundaire morfologische kenmerken, psychologisch kenmerk) komen slechts lang na de geboorte aan het licht, en voor andere (het genetisch en gedeeltelijk het gonadisch kenmerk, de hormonale kenmerken) zijn gespecialiseerde geneeskundige onderzoeken vereist.

Moeilijkheden doen zich slechts zelden voor. En ze worden meestal opgelost, op grond van het uit 1804 daterende recht, dat voor interseksuele toestanden geen expliciete regeling nodig vond. Toch waren vele vormen van hermafroditisme zeker toen al minstens rudimentair gekend en waren de juristen uit die tijd ongetwijfeld beter dan wij vertrouwd met het verhaal van Hermaphroditus (Ovidius, *Metamorphoses*, IV).

Ten eerste kan bij de geboorte twijfel bestaan over het geslacht van het kind, indien diens geslacht morfologisch niet voldoende bepaald is of het uiterlijke kenmerken van beide geslachten vertoont. In dat geval kan men zich ofwel vergenoegen met een aanduiding die slechts voorlopig is, en die later kan verbeterd worden, ofwel een precieze vermelding van het geslacht achterwege laten ("van onbepaald geslacht"). In laatstgenoemd geval kan men later eveneens tot de verbetering van de akte van geboorte overgaan. De verbetering zal normaal geschieden nadat medische ingrepen hebben plaats gehad, waarvan de geoorlooftheid door niemand in twijfel getrokken wordt. Het vonnis van de rechtbank te Mechelen van 17 juni 1975 vermeldt terecht deze mogelijkheden.

Vervolgens gebeurt het dat twijfel omtrent of reactie tegen de bij de geboorte aangebrachte geslachtsmelding slechts veel later ontstaat, naar aanleiding van nieuwe omstandigheden: bv. borstvorming bij de puberteit, bij een persoon die bij de geboorte van (minstens summiere) externe mannelijke genitalia was voorzien; de psychische toestand van de transseksuelen. Een zuiver morfologische aanpak kan theoretisch ook wel bewijsmoeilijkheden opleveren als de uiterlijke geslachtskenmerken via operatief ingrijpen gewijzigd zijn (cf. Hof Parijs, 18 januari 1974, *Recueil Dalloz Sirey*, 1974, 196). Wanneer de twijfel op louter fysische elementen berust, zal in principe dan nog "verbetering" mogelijk zijn. Blijkbaar komen er maar ware moeilijkheden voor bij transseksuelen, die volgens alle criteria, behalve het psychologische, tot een welbepaald geslacht behoren. De reden lijkt hierin te liggen dat men wel bereid blijkt in marginale gevallen naast het morfologische criterium andere fysische criteria aan te wenden, maar zeer beducht is voor het psychologisch crite-

rium, indien dit een oplossing suggereert die tegengesteld is aan alle andere (fysische) kenmerken.

Op theoretisch vlak komt de bepaling van het geslacht op morfologische grondslag natuurlijk als hopeloos verouderd voor. Maar in de praktijk ligt het occasioneel aanwenden van andere fysische kenmerken een voldoende correctie (zie verder, nr. 6) behalve inzake transseksuelen. De vooruitgang van wetenschap en techniek maakt het mogelijk degenen wier psychisme in strijd is met hun lichaam, hulp te bieden door hun lichaam aan hun psychische geaardheid aan te passen. Dit doet de vraag rijzen of het niet wenselijk is, tot bevordering van het welzijn van degenen die aan transseksualiteit "lijden", meer belang te hechten aan hun psychisch geslacht, dat hun gedrag bepaalt ("gender role"), dan aan hun fysische geslachtskenmerken.

6. Gebruik van de nieuwe criteria bij het bepalen van het geslacht

Betekent de omstandigheid dat de wetgever in 1803/1804 slechts van het morfologisch criterium weet had om het geslacht te bepalen, dat ook thans het geslacht slechts op grond van de uiterlijk waarneembare morfologische kenmerken mag bepaald worden?

Zulks veralgemeend stellen lijkt totaal onaanvaardbaar. Steeds is aangenomen geweest dat de rechter de wet mag toepassen met inachtneming van omstandigheden die de wetgever niet bekend waren ten tijde dat de wet tot stand kwam. Het zou werkelijk ongehoord zijn indien men de rechter het recht zou onthouden of de rechter zichzelf het recht zou ontkennen om gebruik te maken van recent verworven kennis omtrent de bepaling van het geslacht. Wij zijn het dan ook niet eens met de rechtbank te Mechelen, waar ze, na vastgesteld te hebben dat er wetenschappelijk gezien menigvuldige geslachtscriteria zijn, stelt: "de wet doelt echter alleen op de uiterlijk waarneembare geslachtskenmerken". Deze houding steunt weliswaar op een illuster voorbeeld: de Hoge Raad der Nederlanden meent "dat de wetgever in het (...) art. 31 (oud) B.W. — en thans ook in art. 17, lid 1, Boek 1 — sprekende over 'de kunne van het kind', op geen andere feiten en omstandigheden het oog kan hebben gehad dan op de uiterlijke geslachtskenmerken van het kind; dat dan ook bij het opmaken van een geboorteakte de kunne van het kind daarin niet anders dan naar deze kenmerken kon en kan worden vermeld" (arrest van 3 januari 1975, N.J., 1975, nr. 17).

Terwijl men in Frankrijk nog wel het oude (1903) cassatie-arrest citeert dat dezelfde stelregel huldigt (Cass. fr., 6 april 1903, D.P., 1904, I, 273; S., 1904, I, 273, noot A. Wahl), constateert men dat de recente rechtspraak rekening houdt met het genetisch criterium, en het zelfs tot het belangrijkste criterium (in twijfelgevallen althans) verheft (Hof Parijs, 18 januari 1974, *Recueil Dalloz Sirey*, 1974, 196). Ook in Engeland blijkt men met alle biologische criteria rekening te willen houden (Corbett v. Corbett [1970] 2 All. E.R. 33 [P.D.A.]).

Voor ons spreekt het vanzelf dat als bij het opstellen van de geboorteakte van andere criteria gebruik gemaakt kan worden, zulks mag. Meestal zal zulks natuurlijk niet doenbaar zijn. Het is dan ook zeer normaal dat de ambtenaar (feitelijk: de geneesheer die het attest bij de geboorte opstelt) zich vergenoegt met een onderzoek naar de uiterlijke kenmerken. Maar wat zou de belanghebbenden later beletten om een verbetering van de akte te verzoeken als dan blijkt, uit een onderzoek op grond van andere criteria dan het morfologische, dat het geslacht van het kind verkeerd was aangegeven? Wij kunnen de Hoge Raad niet volgen, waar hij stelt dat in de wet geen steun kan worden gevonden voor een bepaling van het geslacht op grond van twee verschillende grondslagen: de uiterlijke kenmerken bij de geboorte (wij zeiden reeds dat de aanwending van andere criteria, hoewel ongewoon, toch niet totaal uitgesloten lijkt), naderhand met retroactieve kracht ook niet uiterlijk waarneembare kenmerken. De Hoge Raad oppert dat de rechtszekerheid in het gedrang zou komen; is dit een voldoende objectie? Hier is sprake van zeer uitzonderlijke gevallen; een gerechtelijke procedure tot verbetering van de akte biedt o.i. voldoende garanties.

Wij stemmen dan ook geheel in met de houding die de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik heeft ingenomen in

haar vonnis van 9 februari 1973 (*Jur. Liège*, 1972-73, 283): ze beval de verbetering van een akte van geboorte en een akte van erkenning waarin een kind als van het mannelijk geslacht werd aangeduid, toen gebleken was dat het om een vrouwelijke pseudo-hermafrodit ging, met wellicht hoofdzakelijk mannelijke uiterlijke geslachtskenmerken maar genetisch van het vrouwelijk type.

Dat men met andere dan het morfologische criterium rekening houdt, betekent natuurlijk niet meteen dat het psychologisch criterium als relevant wordt beschouwd. Toch staat vast dat de Belgische rechtbanken het psychologisch criterium in aanmerking nemen, *ten minste* als er tegenspraak bestaat tussen de fysische kenmerken. Dit blijkt uit het feit dat men de geneesheer, de ouders, eventueel de patiënt de mogelijkheid biedt de uiterlijke kenmerken bij fysische interseksualiteit aan te passen aan het sociaal geslacht dat de patiënt werd toebedacht. Bij de optie voor een geslacht bij hermafrodieten etc., op latere leeftijd, zal het geslacht waarin de patiënt werd grootgebracht en dat nauw samenhangt met zijn psychologisch geslacht determinerend zijn. De Belgische magistraten zullen het waarschijnlijk eens zijn met de visie van een Zuidafrikaanse geneesheer: "Sexuality as such has many facets: chromosomal, gonadal, hormonal, phenotypic, as well as the psychologic or assumed gender role. Which of these criteria should predominate in any legal classification of the hermaphrodite? I feel that the gender role or psychologic sex is the most important component when it comes to defining 'a male' or 'a female' from a legal standpoint. (...) The most important factor in gender role [of my patients] was the sex of rearing. To have changed the legal sex to the predominant anatomic sex would have been psychologically disastrous to the patients." (VAN NIEKERK, o.c., pp. 4-5)

II. DE TRANSSEKSUALITEIT

7. De transseksualiteit⁵

Onder de interseksuele toestanden komt de transseksualiteit voor. Deze wordt hierdoor gekenmerkt dat een persoon fysisch (op grond van de morfologische, gonadische, hormonale en genetische criteria) een man of een vrouw is, innerlijk, qua psychologische aanleg en mentale organisatie zich als tot het andere geslacht behorend rekent. Dit heeft tot gevolg dat hij zich gaat gedragen en kleden als een persoon van het andere geslacht dan dat waartoe hij biologisch behoort, een voornaam zal trachten te dragen die met zijn psychologisch geslacht overeenkomt, zich seksueel aangetrokken voelt tot personen van het geslacht waartoe zijn lichaam hem doet behoren, en eventueel zelfs een huwelijk wil aangaan. Hij zal pogen zijn lichaam aan zijn psychologische ingesteldheid aan te passen, en de huidige geneeskunde biedt hem daartoe vrij afdoende middelen: hormonenbehandeling en operatieve ingrepen. Het verschijnsel van de transseksualiteit komt vooral bij fysisch mannelijke maar ook bij fysisch vrouwelijke personen voor.

⁵ Enkele zeer selectieve bibliografische gegevens: (a) Algemeen: R. GREEN & J. MONEY, ed., *Transsexualism and Sex Reassignment*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1969; C. VAN EMDE BOAS, "Transseksisme, wat is dat eigenlijk?" *Medisch Contact*, 1974, nr. 14, pp. 443-445; *idem*, "De behandeling van transseksisten in Nederland 1953-1973", *Medisch Contact*, 1974, nr. 15, pp. 475-478; (b) autobiografieën: J. MORRIS, *Dilemma. Verandering van sekse*, Amsterdam, Meulenhoff, 1975 (vert. uit het Engels, 1974); D. VAN OOSTERWYCK, *Il*, Brussel, Rossel, 1975; (c) juridisch: (Nederland) F.A. VAN DER REIJT, "Geboorte of wedergeboorte: dilemma van de transseksualiteit", *Medisch Contact*, 1974, nr. 30, pp. 957-960; (Duitsland) A. EBERLE, "Ausfüllung einer Gesetzliche bei Transsexualismus durch progressive Rechtsfindung oder gesetzliche Fiktion?", *N.J.M.*, 1971, pp. 220-224; M. WALTER, "Zur rechtlichen Problematik der Transsexualität", *J.Z.*, 1972, pp. 263-267; (V.S. en G.B.) G. BRENT, "Some Legal Problems of the Postoperative Transsexuals", *Journal of Family Law*, XII (1972-73), nr. 3, pp. 405-422.

Men is het er thans (het is niet steeds zo geweest) vrijwel over eens de transseksualiteit duidelijk te onderscheiden van de homoseksualiteit of homofilie: de homofiele man voelt zich tot mannen aangetrokken, maar voelt zich en beleefde zich fundamenteel als man. Een analoog onderscheid bestaat tussen de lesbische vrouw en de vrouwelijke transseksueel. Het onderscheid zit geheel in de mentale organisatie: de transseksueel ervaart zichzelf, vanaf zijn jeugdige leeftijd, als behorend tot een geslacht dat tegengesproken wordt door zijn biologische geslachtskenmerken.

Op de oorzaken van de transseksualiteit heeft men geen duidelijke kijk (men onderscheidt o.m. de constitutionele en de neurotische transseksualiteit: zie VAN EMDE BOAS, *Transseksisme*, ...), maar dat het verschijnsel op dit ogenblik onomkeerbaar is staat vast. Men kan niet hopen de psychische ingesteldheid van een transseksueel aan zijn (haar) lichaam aan te passen, zodat de enige therapie erin bestaat het lichaam van betrokkene aan zijn (haar) psychisme aan te passen.

Terwijl de gevallen van hermafroditisme en andere varianten van fysische interseksualiteit in de loop der jaren blijkbaar zijn opgelost zonder dat er ruchtbaarheid werd aan gegeven, loopt men — ook in België — de kans dat de problematiek van de transseksuelen tot discussies aanleiding geeft. De transseksuelen zijn nochtans zeer zeldzaam (1 op 100.000 volgens I. PAULY, in GREEN & MONEY, o.c., pp. 56-57). Onder de redenen waarom voor hen niet licht een oplossing wordt gevonden onderkennen we de volgende:

(a) hun eis steunt niet op "tastbare" feiten (ze verlangen erkend te worden als behorend tot een geslacht waartoe ze enkel psychologisch behoren, terwijl ze uiterlijk ongetwijfeld tot het andere geslacht behoren);

(b) het (denkbeeldig?) gevaar dat personen die helemaal niet transseksueel zijn van de mogelijkheid tot geslachtsverandering gebruik zouden maken.

Verscheidene juridische vragen rijzen op de weg van de verwezenlijking van het verlangen van de transseksueel om zijn leven te organiseren volgens zijn psychologische geaardheid. (a) Normaal zal hij met medische hulp zijn lichaam aan zijn psychologische ingesteldheid doen aanpassen. Mogen geneesheren deze hulp verlenen zonder strafrechtelijk, burgerlijk of disciplinair aanprakelijk te worden gesteld (verder, nr. 9)? (b) Kan hij de aanduiding van zijn geslacht in zijn geboorteakte (en dientengevolge in andere akten en documenten) doen aanpassen aan zijn psychologische geaardheid? (c) Kan hij voornamen dragen die met zijn psychologisch geslacht overeenkomen? (d) Wat is het lot van een huwelijk dat hij aangegaan zou hebben met een persoon van het geslacht dat overeenkomt met zijn psychologisch geslacht? (e) Kan hij huwen met een persoon van het geslacht tegengesteld aan zijn psychologisch geslacht? Etc.

Men is geneigd de vragen (b) tot (e) te stellen in de veronderstelling dat geneeskundige behandeling resp. ingrijpen plaats gehad heeft. Maar men zou ze kunnen stellen buiten iedere geneeskundige behandeling om, indien het vaststaat dat men met een ware transseksueel te doen heeft.

8. Geoorloofdheid van een operatief ingrijpen bij transseksuelen

De transseksualiteit eiste voor het eerst in België de aandacht op van de juridische milieus in 1969; ze trok toen zelfs enigermate de belangstelling van het brede publiek (geval J. Wijnen, Rb. Brussel, 22e kamer, 27 september 1969, J.T., 1969, 635). Geneesheren hadden een operatief ingrijpen uitgevoerd op een persoon die anatomisch een man was maar zich sinds zijn jeugd als vrouw ervoer; door dit ingrijpen zou de betrokkene het fysisch voorkomen van een vrouw benaderen; ten gevolge van post-operatoire complicaties overleed hij echter. Het openbaar ministerie betichtte de geneesheren van opzettelijke slagen en verwondingen die de dood tot gevolg hadden (artt. 392, 398 en 401 Sw.). De geneesheren werden vrijgesproken, omdat de rechtbank oordeelde dat ze op de betrokkene een geneeskundige behandeling hadden toegepast (d.i. gehandeld met een curatief doel) en geenszins hun rol waren te buiten gegaan.

Sindsdien mag men aannemen dat een oordeelkundig uitgevoerde operatieve ingreep op personen waarvan vaststaat dat ze transseksueel zijn naar Belgisch recht⁶ geoorloofd is,

⁶ In andere rechtsstelsels, m.n. het Franse, is men strenger,

indien ze wordt uitgevoerd met inachtneming van de voorwaarden die voor medische handelingen gelden (zie H. ANRYS, *La responsabilité civile médicale*, Brussel, 1974, nrs. 65-68; X. RYCKMANS en R. MEERT-VAN DE PUT, *Les droits et les obligations des médecins*, I, Brussel, 2e uitg., 1971, nr. 543).

Dit betekent geenszins dat onverschillig wie voortaan van geslacht zou mogen veranderen: in de huidige opvatting inzake het beschikkingsrecht over het eigen lichaam heeft niemand het recht over zijn geslacht te beschikken. Wanneer evenwel iemand zich in een interseksuele toestand bevindt, kan men zijn pogingen om volledig tot één der beide geslachten te behoren niet laken, integendeel. Het is de medische hulp aan laatstgenoemde pogingen die rechtmatig is.

9. Beperkte vrijheid van geslachtskeuze

De geoorloofdheid van operatieve ingrepen op transseksuelen bewijst dat er naar Belgisch recht een beperkt *recht tot geslachtskeuze* bestaat voor degenen die zich in een interseksuele toestand bevinden. Voor deze beperkte groep van fysisch maar ook psychisch interseksuelen bestaat inderdaad de vrijheid hun fysieke en juridische toestand ofwel ongemoeid te laten (wat er in het geval van transseksuelen op neerkomt dat zij tot hun lichamelijk geslacht blijven behoren), ofwel te wijzigen⁷. Het komt erop neer dat er minder een vrijheid van geslachtskeuze bestaat dan wel een *recht op geslacht*, d.i. het recht te behoren tot een bepaald geslacht.

Transseksuelen kunnen o.i. hun juridische staat aan hun psychologische geaardheid doen aanpassen. Dit lijkt ons de logische (zij het niet onontkoombare) consequentie van het principe der geoorloofde geslachtschirurgie, door de beslissing in het geval Wijnen bevestigd.

De mogelijkheid tot juridische aanpassing lijkt niet af te hangen van voorafgaande fysische veranderingen, want deze zijn niet meer dan uitingen, begeleidend verschijnselen van de beslissing die een individu neemt, voor zijn psychologische sekse te opteren (vgl. EBERLE, o.c., N.J.W., 1971, 221-222). Men trekt hier wel eens een parallel met het verlies van uiterlijke geslachtskenmerken ten gevolge van verwonding: dan ook treedt er geen juridische geslachtsverandering in.

10. Incorporatie van het psychologisch geslacht bij de geslachtscriteria

Onder de geslachtskenmerken neemt het psychologische ongetwijfeld een bijzondere plaats in: het heeft niets "tastbaars", en in dat opzicht is het tegengesteld aan de vier andere, medische kenmerken. Vele medici verstaan onder interseksualiteit enkel tegenstrijdigheden op het fysische vlak, en zonderen de transseksualiteit af als een psychische afwijking. In die optiek zou de transseksualiteit slechts tot het gebied van de interseksualiteit behoren in de mate waarin genetische of hormonale afwijkingen bij de patiënt kunnen worden aangetoond.

Dezelfde houding neemt de heersende Belgische rechtspraak aan: zowel het hof te Brussel als de rechtbank te Mechelen onderstrepen het belang van de uiterlijke kenmerken, minder om de andere medische criteria te verwerpen dan om het psychologisch criterium uit te sluiten.

Toch staat de Belgische rechtspraak veel dichter bij het accepteren van het psychologisch criterium dan men zou kunnen denken. Aan de ene kant betekent het toelaten van het operatief ingrijpen t.a.v. transseksuelen o.i. meer dan de louter goede keuring van een medische behandeling. Weliswaar impliceert die houding niet noodzakelijk de integratie van het psychologisch criterium in het geheel van de seksecriteria, maar kan men menselijk gesproken weigeren die tweede stap te zetten? Kan men een morfologische verandering goedkeuren zonder er gevolgen qua staat aan te verbinden? Aan de andere kant is het accepteren van het psychologisch criterium feitelijk al gebeurd inzake fysisch

zodat men bij rechtsvergelijking, ook op het civielrechtelijk vlak, bijzonder voorzichtig moet zijn.

⁷ Over de vraag in welke mate dit recht wordt uitgeoefend door de betrokkene zelf, zijn ouders of zijn geneesheer, wordt hier niet uitgeweid.

interseksuelen (zie boven, nr. 6): wat zou beletten dat er rekening mee gehouden wordt bij psychisch interseksuelen?

11. Nadere verwezenlijking van een geslacht, geen geslachtsverandering

Zowel in de opvatting van de betrokkene als in de context van ons huidig recht zijn de verandering in de openbare houding van de transseksueel en in voorkomend geval de geneeskundige ingrepen pogingen om het behoren van betrokkene tot een bepaald geslacht duidelijker te stellen, te verstevigen, completer te maken, veeleer dan een geslachtsverandering.

Er geschieden *veranderingen* in het gedrag en in het fysieke voorkomen van de betrokkene, maar dit is geen geslachtsverandering. Het gaat om een persoon die niet onverdeeld tot één geslacht behoorde: hij onderneemt pogingen om volkomener tot één van de twee geslachten te behoren. Hij kiest partij, in een samenleving die slechts mannen en vrouwen kent, geen tussensoort, en aan mannen en vrouwen vrij uiteenlopende rollen toeschrijft. Hij offert aan heersende opvattingen. Men zou slechts van verandering kunnen gewagen, indien onze samenleving en ons recht niet de zwart-wit onderscheiding tussen de seksen kende en oplegde. Daar de intermediaire toestand als dusdanig niet erkend is, kiest de persoon die zich in een tussenpositie bevindt de twee mogelijke oplossingen, en volgt daarbij vanzelfsprekend zijn psychologische voorkeur. De verandering heeft tot doel het "*verbeteren*" van een onvolmaakte toestand. Men staat voor geslachtsverduidelijking eerder dan voor geslachtsverandering.

Indien het al vaststaat dat er geen geslachtsverandering intreedt door behandeling en operaties, is het weliswaar minder duidelijk of de psychologische geaardheid waarop de transseksueel zich beroept minstens in potentie bestaat van het begin. Meestal zoekt men naar de oorzaken van de transsexualiteit bij het ontstaan van het individu of in zijn zeer vroege kinderjaren. Gezien de huidige stand van de wetenschap lijkt het ons onjuist juridisch twee verschillende seksuele stadia en een moment van geslachtsverandering te voorzien: juridisch kan men o.i. best *vermoeden* dat de transseksueel van den beginne met geslachtsstegenstrijdigheden had te kampen.

Deze precisering is voor de jurist van groot gewicht.

(a) Vooreerst betekent het voor de geneesheren die de transseksueel bijstaan dat zij meehelpen aan pogingen van een individu, niet om zijn geslacht te veranderen, maar om op ondubbelzinnige wijze tot één van de geslachten te behoren. Een dergelijke stap kan niet gelaakt worden als het ongeoorloofd beschikken over een menselijk lichaam.

(b) In de mate waarin men zou denken dat de verbetering van akten van de burgerlijke stand niet mogelijk is bij wijziging van staat (zie echter verder, nr. 14, c), is het van belang erop te wijzen dat de concrete geslachtsbepaling van transseksuelen inderdaad geen geslachtsverandering is, maar slechts een "*verbetering*" van de onjuiste geslachtsaanduiding (en in voorkomend geval een logische aanpassing van de voornamen) in de akten, al dan niet ten gevolge van een medisch ingrijpen.

(c) Uit het boven reeds aangehaald arrest van de Hoge Raad der Nederlanden blijkt dat deze hoge instantie weigerachtig stond t.o. de verbetering van de geboorteakte van een transseksueel aangezien deze verbetering retroactief zou werken: "dat alleen de wetgever bij machte is (...) een aanvulling van de registers van de Burgerlijke Stand — onder de nodige waarborgen en met uitsluiting of beperking van terugwerkende kracht — mogelijk te maken".

Nu er bij ware gevallen van transsexualiteit van een nadere bepaling, niet van een eigenlijke verandering van het geslacht sprake is, ziet men niet in waarom de wijziging geen retroactief gevolg zou hebben. In werkelijkheid heeft het probleem van de retroactiviteit slechts belang i.v.m. een reeds bestaand huwelijk of ouderschap. Maar aangezien het huwelijk van een transseksueel met een persoon van het geslacht tegengesteld aan zijn biologisch geslacht toch niet zal standhouden, zullen er nauwelijks ontoelaatbare gevolgen op een retroactieve geslachtsaanduidingsverandering volgen, terwijl een fysieke en juridische geslachtsaanpassing bij transseksuelen die afstammelingen hebben ons ontoelaatbaar lijkt (zie verder, nr. 22).

III. HET AANBRENGEN VAN VERANDERINGEN OP DE AKTEN VAN DE BURGERLIJKE STAND

12. Algemeen

Kan de aanduiding van het geslacht van een transseksueel in zijn geboorteakte (en zo nodig in andere akten) gewijzigd worden? De vraag wordt in de praktijk gesteld nadat de transseksueel een behandeling en operaties ondergaan heeft, maar ze zou eveneens kunnen gesteld worden (en wellicht op dezelfde wijze worden beantwoord) vóór iedere behandeling.

Er bestaan verschillende mogelijkheden tot wijziging van de akten van de burgerlijke stand. Ze hebben alle dit gemeen dat ze uitlopen op een melding in de kant van de akte (zie verder, nr. 15). Ze verschillen door de gevolgde procedure, waarbij we als indelingscriterium nemen de vraag wie de beslissing tot wijziging neemt: de ambtenaar van de burgerlijke stand (verder, nr. 13) of de rechtbank (verder, nr. 14).

Het zou alleszins simplistisch zijn te stellen dat akten van de burgerlijke stand niet mogen worden gewijzigd zonder de tussenkomst van de rechterlijke macht, hoewel de normale procedure tot wijziging van de akten een gerechtelijke is, en de naam draagt van "*verbetering van de akten van de burgerlijke stand*" (art. 101 B.W.; artt. 1383-1385 Ger.W.).

13. Wijziging van de akten bij beslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand

a) Vooraleer bij de opstelling van een akte van de burgerlijke stand de betrokkenen de akte hebben ondertekend, kan de ambtenaar, wanneer een vergissing wordt ontdekt, ze verbeteren via melding op de kant.

b) De ambtenaren van de burgerlijke stand mogen kantmeldingen aanbrengen van niet-gerechtigde akten, zonder tussenkomst van de rechtbanken (dit wordt gefundeerd op art. 49 B.W.). De meest voorkomende hypothese is die van de administratieve naamswijziging (zie Cass., 8 mei 1959, R.W., 1959-60, 1219, met noot van G. BAERT). Thans geldt dit ook voor voornaamswijzigingen.

c) Enigszins in dezelfde lijn, maar dan toch bij wijze van uitbreiding, meent men dat de ambtenaar van de burgerlijke stand, binnen zekere perken, voor de overeenstemming van zijn akten met de actuele toestand mag zorgen. Hij mag in de kant van de akten melding van nieuwere akten maken, op verzoek van partijen (zie art. 49 B.W.) of zelfs van ambtswege. Evenwel moet men aannemen dat buiten de door de wet door de rechtbanken bevolen kantmeldingen of andere enkel mogen geschieden op grond van akten (vgl. DE PAGE, I, nr. 412): men kan zich niet inbeelden dat de ambtenaar loutere feiten zou akteren zonder die waarborg.

14. Wijziging van de akten na gerechtelijke beslissing

a) Vorderingen van staat

Vele wijzigingen van de staat van personen worden vastgelegd in een akte, die als ze van de rechterlijke macht uitgaat, in de registers wordt overgeschreven en in de kant van vorige akten wordt vermeld, zodat er in zekere zin een verbetering van de vorige akten optreedt (zie bv. art. 318 B.W.: ontkenning; artt. 331 en 331bis B.W.: wettiging; artt. 354 en 367 B.W.: adoptie; art. 369 B.W.: wettiging door adoptie; artt. 1275, 1304, 1306 en 1309 Ger.W.: echtscheiding en scheiding van tafel en bed).

b) *Inschrijving wegens valsheid* (art. 463 Sv.; artt. 903 en 904 Ger.W.).

c) *Verbetering van de akten van de burgerlijke stand* (artt. 1383-1385 Ger.W.).

In welke omstandigheden gelasten de rechtbanken de verbetering lato sensu van de akten van de burgerlijke stand? Het valt op dat deze procedure geenszins beperkt is tot verbeteringen in de eigenlijke zin van het woord, d.i. het rechtzetten van vergissingen.

(i) In de eerste plaats wordt dank zij bewuste procedure voorzien in de *vervanging* van materieel vernietigde of verloren gegane akten, van juridisch nietig verklaarde akten en van onbestaande akten. Op deze hypothesen dienen we hier niet nader in te gaan (zie bv. DE PAGE, *Traité*, I, nrs. 455, A en B, 451-460).

(ii) Vervolgens is er de verbetering *stricto sensu*, d.i. het wijzigen van akten die op het ogenblik zelf waarop ze tot

stand komen niet behoorlijk opgesteld werden. Zulks kan aan verschillende oorzaken te wijten zijn: ontbreken van een verplichte melding; niet overeenstemmen van een melding met de werkelijkheid ("materiële vergissing"); miskenning van een rechtsvoorschrift (bv. optekenen van een erkenning van een overspelig kind; akteren van een voornaam gekozen door een onbevoegde persoon).

(iii) Ten slotte is er het optekenen van *feiten of handelingen die de staat wijzigen*. Het gaat hier om het opmaken van een akte betreffende wijzigingen die na de opstelling van de akte ingetreden zijn. Bv. het akte verlenen van een verzoening die een einde maakt aan de scheiding van tafel en bed (Rb. Verviers, 22 september 1969, *J.T.*, 1969, 712). Er zijn weinig voorbeelden van deze categorie voorhanden, omdat wijzigingen van staat voortvloeien hetzij uit een gerechtelijke beslissing die in de registers van de burgerlijke stand wordt overgeschreven en waarvan de essentie in de kant van vorige akten wordt vermeld, hetzij uit akten van andere overheidsinstanties, waarvan de essentie door de ambtenaar (zonder gerechtelijk bevel) eveneens in de kant wordt vermeld.

Een essentiële vraag is: kan men wijzigingen van staat in de akten van de burgerlijke stand optekenen, indien geen bijzondere gerechtelijke procedure of een niet-gerechtelijke akte voorzien is? Het antwoord op deze vraag luidt bevestigend: de rechtbanken kunnen een verbetering van de akten van de burgerlijke stand bevelen, volgens de procedure vastgelegd in de artt. 1383-1385 Ger.W., om die akten aan de gewijzigde staat van de betrokken personen aan te passen. Toepassing van deze regel werd gemaakt in het boven geciteerde vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Verviers van 22 september 1969. Deze beslissing werd gewezen n.a.v. van een geval waaruit de nadelen bleken van het feit dat de wet niet het akte verlenen voorschrijft van de verzoening, die een einde maakt aan de scheiding van tafel en bed (DE PAGE, I, nr. 1001, 4°), hetgeen een wijziging in de staat van de echtgenoten teweegbrengt. Daar melding van de scheiding van tafel en bed gemaakt wordt in de kant van de akte van huwelijk, kon de rechtbank de schrapping bevelen van deze kantmelding. Men kan dit geval trouwens zien als een toepassing van de regel op grond waarvan de rechtbanken alle kantmeldingen mogen bevelen die zij nuttig oordelen (cf. DE PAGE, I, nr. 412, kleine tekst).

Weliswaar wordt met nadruk gewezen (zie nl. DE PAGE, I, nrs. 256 en 456) op het essentiële onderscheid dat zou bestaan tussen vorderingen van staat en de vordering tot verbetering van akten van de burgerlijke stand. Laatstgenoemde vordering zou in geen geval een verdoken vordering van staat mogen worden. Deze waarschuwing overtuigt echter niet helemaal. We hebben gezien hoe de vordering feitelijk zeer verschillende zaken dekt, en anderzijds dat van akten van de burgerlijke stand wordt gezegd dat ze verbeterd worden (zij het niet steeds na een gerechtelijke beslissing), wanneer feitelijk een wijziging in de staat wordt opgetekend.

Men kan zich afvragen of het onderscheid zo duidelijk is als men het wil doen voorkomen. En ook al onderschrijft men het onderscheid, dan nog lijkt het ons niet uitgesloten dat men de vraag stelt of de procedure tot verbetering, die in ons recht zo vele en zo diverse doeleinden dient, niet in sommige gevallen de *vorm* kan zijn, de procedure waarmee een vordering van staat wordt gevoerd, buiten al die gevallen waarin de wet een bijzondere regeling bepaalt. We geven grif toe dat de vordering tot verbetering niet mag dienen om aan bestaande regels over een specifieke vordering van staat te ontsnappen.

Is het begrip vordering van staat meer dan een doctrinaal begrip? Het volstaat de auteurs erop na te lezen om vast te stellen dat de zogenaamde regels die deze vordering worden toegeschreven even talrijke uitzonderingen als toepassingen kennen. En als er werkelijk algemene principes zouden zijn die op alle vorderingen van staat van toepassing zijn, kan men die toepassen op de vordering tot verbetering wanneer die qua inhoud een vordering van staat zou zijn.

15. De vorm van de wijziging van akten: kantmelding

Elke beslissing die de verbetering *lato sensu* van akten van de burgerlijke stand beveelt, evenals iedere andere verandering van de akten leidt tot een vermelding in de kant van de akte. Nooit worden meldingen in de akte zelf geschrapt

of gewijzigd (art. 1385 Ger.W.; DE PAGE, I, nr. 470; R. DE MAN, *De nieuwe commentaar op de burgerlijke stand*, Heule, UGA, 1973, blz. I-V-27, nr. 245).

I.v.m. de mogelijke retroactieve werking van de wijziging (verbetering *lato sensu*) is het van groot belang te weten in welke mate de afschriften en uittreksels van de akten sporen dragen van de veranderingen die aan de akten worden aangebracht. Zoveel is zeker, dat de *afschriften* de oorspronkelijke tekst van de akte dienen te geven en de kantvermeldingen (art. 1385 Ger.W.; DE PAGE, I, nr. 470; R. DE MAN, o.c., blz. I-V-28, nr. 247). Over de vorm van de *uittreksels* schijnt geen overeenstemming te bestaan: volgens sommigen dienen ook de uittreksels zowel de oude als de nieuwe toestand te vermelden (DE PAGE, I, nr. 470), terwijl men volgens anderen een onderscheid moet maken: "de gewone verbetering van een fout" zou in de originele tekst verwerkt mogen worden; bij verandering (men dacht aan naamsverandering) moet de oorspronkelijke tekst gevolgd worden door de kanttekening (F. PHILIPPART en J.M. LEBOUTTE, *Burgerlijke stand*, Brugge, 1973, blz. I-88, nr. 137). Volgens een derde mening zou het uittreksel alleen de nieuwe toestand moeten weergeven (R. DE MAN, o.c., blz. I-V-28, nr. 247). Bij toepassing van laatstgenoemde techniek wordt de verandering in de praktijk bijna automatisch een zekere retroactiviteit toegekend, aangezien het opsporen van de vorige toestand opzoekingen vereist waarvan het uittreksel de noodzaak niet aanduidt. Om deze reden, en ook op grond van de ratio legis van het huidige art. 45 B.W. menen we dat de uittreksels zowel de oude als de nieuwe toestand behoren aan te duiden.

IV. VERANDERING VAN GESLACHTSAANDUIDING VAN TRANSEKSUELEN IN DE AKTEN VAN DE BURGERLIJKE STAND

16. Procedure tot verbetering van akten van de burgerlijke stand van toepassing

In verband met wijzigingen van de geslachtsaanduiding bepaalt de wet niets bijzonders. Enige verandering aan de akte wat betreft de geslachtsaanduiding van een individu zou niet door de ambtenaar meteen op eigen initiatief kunnen worden opgemaakt, bij ontstentenis van akte. Derhalve behoort de oplossing gezocht te worden via een gerechtelijke tussenkomst die een kantmelding gebiedt.

Een procedure tot verbetering van de akte van geboorte lijkt mogelijk. Zoals we boven (nrs. 9-11) hebben uiteengezet, staat men bij transseksuelen o.i. voor personen wier geslacht niet duidelijk bepaald is daar de uiterlijke kenmerken en de psychologische gaardheid elkaar tegenspreken, maar die als een ieder het recht hebben om als man of vrouw door het leven te gaan. Aangezien men hun het recht toekent om via geneeskundige behandeling en ingrepen meer te lijken op het geslacht waartoe ze zich psychologisch rekenen, behoort men hen in staat te stellen hun seksuele identiteit juridisch duidelijk te stellen door een aanpassing van de akten van de burgerlijke stand die hen betreffen.

Men spreke hier niet van geslachtsverandering. De rechter mag (en moet) rekening houden met de onderscheiden criteria die de wetenschap te zijner beschikking stelt, inclusief het psychologisch criterium. In die optiek vraagt de transseksueel een verbetering *stricto sensu* van de akte, want het gaat om het toebehoren te bepalen tot een geslacht waartoe de verzoeker gedeeltelijk reeds behoort. Hier is analogie met het geval van het geslacht dat op basis van de uiterlijke kenmerken dubbelzinnig is, maar op basis van het genetisch criterium kan worden gepreciseerd (Rb. Luik, 9 februari 1972, *Jur. Liège*, 1972-1973, 283); men kan betwijfelen of er een eigenlijke "verbetering" geschiedt (zoals bij een echte vergissing: vgl. Hof Brussel, 5 februari 1853, *Cl. & Bj.*, 1853, 578): een interseksueel wordt "ingelijfd" bij een geslacht. De enige stap die men verder zet is het incorporeren van het psychologisch criterium bij de relevante seksecriteria. En ook dat is geen eigenlijk novum aangezien men reeds aanneemt dat met het psychologisch geslacht rekening wordt gehouden bij personen wier seksuele identiteit dubbelzinnig is op het vlak van de fysische kenmerken.

We zullen thans even aandacht besteden aan de objecties die men tegen de voorgestelde oplossing zou kunnen inbrengen.

gen. O.i. zou men er ten onrechte tegen aanvoeren dat de wetenschapsbeoefenaars op het stuk van de transsexualiteit verdeeld zijn, dat de wet niet in de wijziging van de geslachtsaanduiding voorziet, dat de verbetering van de akte tot een vordering van staat zou uitgroeien, dat de transsexueel na de verbetering zou kunnen huwen en adopteren, dat hij het huwelijk aangegaan vóór de verbetering zou kunnen doen nietigverklaren of ontbinden (nrs. 17-21). De enige gefundeerde objectie tegen de verbetering zou o.i. steun vinden in de omstandigheid dat een transsexueel vóór de verbetering reeds ouder van kinderen is, reden waarom wij de verbetering in die hypothese uitsluiten (nr. 22).

17. Objectie: verdeeldheid van de wetenschap

Het is inderdaad zo dat degenen die de transsexualiteit bestuderen het verre van eens zijn omtrent de oorzaken en de aard van de transsexualiteit. Is dit een voldoende reden voor de rechtbanken om met het psychologisch criterium geen rekening te houden? We denken het niet. In het geval Wijnen onderzocht de rechtbank te Brussel de verschillende wetenschappelijke opinies en besloot tot de geoorlooftheid van de medische ingrepen omdat minstens een gedeelte van de ernstige wetenschapsbeoefenaars er een medische behandeling in zagen. Op het civielrechtelijk vlak liet het hof te Brussel zich duidelijk meer inspireren door de richting die in de transsexualiteit "slechts" een psychische afwijking ziet. Men zou kunnen opmerken dat het hof wellicht eenzijdig geïnformeerd was, en misschien zich een andere opvatting zou vormen over het vraagstuk, indien het mede de Angelsaksische en Noordnederlandse literatuur had doorgenomen. En ook al houdt men zich aan de voorstelling van de transsexualiteit als psychische afwijking: zijn alle vormen van intersexualiteit geen afwijkingen die naast medische en zo nodig psychologische hulp ook juridische bijstand vergen?

De rechtbank te Mechelen heeft wat dit betreft een stap in deze richting gezet door aan te nemen dat de wetenschap ook het psychologische criterium erkent. Ze liet zich overtuigen door andere objecties, en overwoog niet dat de rechtbanken, naast het wetenschappelijk argument, bijzonder oog dienen te hebben voor het sociaal gedrag van de burgers, m.n. hun sociaal seksueel gedragspatroon, waarmee het psychologische geslacht ten nauwste samenhangt.

18. Objectie: stilzwijgen van de wet

Zal men tegen de aanwending van de vordering tot verbetering van de akte inbrengen dat de wet geen verandering van de geslachtsaanduiding heeft voorzien? Ons lijkt een dergelijke redenering totaal fout. De rechters dienen rekening te houden met de werkelijkheid. Als wegens een onvoldoende kennis van de feiten (zoals we die nu kennen) de wetgever vroeger het stilzwijgen heeft bewaard, dienen de rechters vanuit het bestaande recht oplossingen te zoeken. Dit des te meer aangezien het stilzwijgen van de wetgever niet geheel inintentioneel geweest is: bij het begin van de negentiende eeuw had de wetgever weet van fysisch interseksuele toestanden, maar vond hij het niet nodig in te grijpen.

19. Objectie: vordering van staat

Een aanvraag uitgaande van een transsexueel tot verandering van de geslachtsaanduiding hem betreffend is geen vordering van staat als men het als een verzoek tot retroactieve nadere bepaling van zijn geslacht ziet. Maar laten we even aannemen dat men er een verandering van geslacht, geen verbetering *stricto sensu* in ziet, omdat men van mening zou zijn dat het psychologisch geslacht niet vaststaat vanaf de geboorte. Dan heeft men te doen met een verandering van staat, en voor een vordering van staat als de betrokkene de verandering in een akte opgetekend wil zien, maar wat belet hem zijn doel te bereiken via de procedure tot verbetering (*lato sensu*) van akten van de burgerlijke stand?

We verwijzen naar wat we boven schreven (nr. 14, c). Wie zich hierdoor niet laat overtuigen, kan men naar het Franse recht verwijzen, dat zonder te kunnen steunen op specifieke teksten, het bestaan van een "action en réclamation de sexe" aanneemt, die zou bestaan uit een vordering tot verbetering, met enkele bijzondere kenmerken zoals een procedure op

tegenspraak (zie nl. Hof Parijs, 18 januari 1974, *Recueil Dalloz Sirey*, 1974, 196, met de conclusie van het O.M.; en de commentaren hierop van NERSON, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1974, 801-802).

20. Objectie: ongehoorde gevolgen

Wie aanneemt dat de transsexueel juridisch het geslacht verwerft waartoe hij psychologisch behoort, dient daar ook de gevolgen van te aanvaarden. De zwaarste hinderpaal vormen die gevolgen die een zekere retroactiviteit veronderstellen: het ontbinden of nietigverklaren van een bestaand huwelijk en, vooral, wijziging van de geslachtsaanduiding bij een persoon die kinderen heeft. Maar laat ons eerst de geoorlooftheid onderzoeken van rechtshandelingen, die na de "geslachtswisseling" zouden verricht worden.

(a) Kan een transsexueel wiens sekse "verbeterd" werd in het huwelijk treden? O.i. luidt het antwoord bevestigend, en is het vanzelfsprekend dat hij dient te huwen met een persoon van het geslacht tegengesteld aan zijn psychologisch geslacht.

De omstandigheid dat de verbetering van het geslacht het recht op huwelijk ongemoeid laat, zal de rechtbank die verzocht wordt de verbetering te gelasten aanzetten een grondig onderzoek in te stellen en met uiterste zorg na te gaan of de verzoeker een werkelijke transsexueel is.

(b) Kan een transsexueel wiens sekse "verbeterd" is een kind adopteren? T.o.v. deze vraag nemen we een analoge houding als t.o.v. die sub (a).

21. Vervolg: retroactieve werking

Sommige rechters zullen weigerachtig staan t.o.v. de verbetering van de geboorteakte van een transsexueel wegens de retroactieve werking die aan hun beslissing zou worden gegeven: degene die zij als man resp. vrouw bestempelen zou voortaan geacht worden vanaf het begin van zijn (haar) leven man resp. vrouw geweest te zijn.

Boven (nr. 15) hebben we uitgelegd dat een correcte toepassing van de voorschriften over afschriften en uittreksels van akten de kennis van de verandering van de geslachtsaanduiding in de toekomst niet uitsluit. Het gevaar dat via het afleveren van te beknopte uittreksels sporen van een gebeuren verdwijnen, bestaat evenzeer bij naams- en voornaamswijziging, bij toekenning van adellijke titels.

Dit bewijsaspect van het probleem mag niet worden verward met de grond: moet aan de geslachtsverduidelijking bij transsexuelen al dan niet retroactieve werking worden verleend? Boven hebben wij onze visie uiteengezet (nr. 11): verduidelijking is geen verandering, dus is er geen bezwaar tegen retroactiviteit, in principe althans (zie nr. 22).

Indien de transsexueel een vrijgezel zonder kinderen is, lijken ons de moeilijkheden verwaarloosbaar: er zal een voornaamswijziging dienen plaats te hebben, die samen met de verbetering van de geslachtsaanduiding kan geschieden⁸; men kan zich moeilijkheden inzake militie, pensioenen, verzekering, ... indenken, maar die vinden waarschijnlijk wel een oplossing. Anders is het gesteld met de transsexueel die reeds vóór de verbetering gehuwd is en/of kinderen heeft.

De omstandigheid dat een persoon die de verbetering van zijn geslachtsaanduiding wenst gehuwd is, lijkt ons geen hinderpaal te mogen vormen voor de toekenning van het gevraagde (*anders*: W. DELVA, "Het aangaan van het huwelijk", in *Gezinsrecht*, Gent, 1975, en *T.P.R.*, 1975, blz. 33, nr. 7). Wel veronderstellen we dat de betrokkenen de huwelijksband zullen willen verbreken. Hier rijst enkel een vraag naar de te volgen weg. Is men van mening dat de verbetering *ex tunc* werkt (die mening zijn we geneigd te delen), dan behoort men naar de nietigverklaring te grijpen, aangezien in die optiek de verbetering aan het licht brengt dat twee personen van hetzelfde geslacht door een huwelijk met elkaar verbonden waren (vgl. F. RIGAUX, *Les Personnes*, I, nr. 878). Meent men daarentegen dat de verbetering *ex nunc*

⁸ Sinds het van kracht worden van de Wet van 2 juli 1974 kan de voornaam ook via een administratieve procedure autonoom geschieden; het lijkt ons buiten twijfel dat transsexualiteit een reden is die de aanvraag kan gronden.

werkt, dan is alleen echtscheiding mogelijk. Een autonome vorm van (verplichte?) ontbinding ware in die optiek wellicht logischer, maar onze wetgeving kent deze niet. Naast echtscheiding door onderlinge toestemming kan men een beroep doen op echtscheiding op grond van bepaalde feiten, want medische ingreep en verbetering op initiatief van de transseksueel zijn een bewuste tekortkoming aan de huwelijksplichten (vgl. DELVA, o.c., blz. 32, nr. 6).

22. Vervolg: bestaan van kinderen vóór de verbetering

Heeft de transseksueel kinderen vóór de aanvraag tot verbetering, dan zouden na het ingaan op het verzoek die kinderen hetzij twee vaders, hetzij twee moeders hebben... een situatie die niet alleen van aard is om de goegemeente te schokken maar ook moeilijk het belang van de kinderen kan dienen. O.i. zijn de bezwaren zo doorslaggevend dat ze de rechtbanken er dienen van af te houden de verbetering toe te staan indien de transseksueel afstammelingen bezit.

Men staat hier voor een vrijwel zeldzaam geval waar het psychologisch en het sociaal geslacht niet samenvallen. Het ouderschap legt o.i. definitief het geslacht van de ouders vast. Wie vader, resp. moeder van een kind is⁹ kan onmogelijk nog een beroep doen op enig recht tot geslachtsverduidelijking, hoezeer bepaalde factoren ook wijzen op dubbelzinnigheid in het geslachtsstoebehooren. Medische hulp aan fysische geslachtstransformatie in een dergelijk geval lijkt evenzeer ongeoorloofd. Deze visie — die blijkens het gedrag van bepaalde transseksuelen in het buitenland niet unaniem gedeeld wordt — is gebaseerd (a) op het feit dat het vaderschap resp. het moederschap juridisch een doorslaggevend geslachts criterium dient te zijn en (b) op de plichten van vader en moeder t.o.v. hun kinderen.

23. Een wetgevend ingrijpen?

Sommigen lijken een wetgevend ingrijpen voor te staan, om aldus op algemeen vlak te beslissen (a) welk gewicht aan het psychologisch geslachts criterium mag worden verleend, (b) of aan die verandering retroactieve gevolgen worden vastgekoppeld, (c) of na de verandering de transseksueel mag huwen, enz.¹⁰

Het zijn o.i. veeleer de rechtbanken die de uitdaging welke uitgaat van de vooruitgang in de medische en psychologische inzichten, moeten opnemen. Zouden ze weigerig blijven met het argument dat men een weg opgaat waarvan het einde niet in het zicht is? O.i. niet. Vast staat dat de transsexualiteit een statistisch te verwaarlozen belang heeft. Waarom de enkele zeldzame transseksuelen niet de oplossing voor hun probleem bieden die ons huidig recht hun kan geven? Hoewel het hermafroditisme gekend was t.t.v. de opstelling van het Burgerlijk Wetboek, heeft de wetgever het niet nodig geacht daaromtrent bijzondere bepalingen in te voegen. Waarom zou men, op grond van het enkele feit dat het tableau van de interseksuele toestanden enigszins ingewikkelder blijkt te zijn dan men rond 1800 kon bevroeden, de wetgever verplichten in te grijpen voor gevallen die uitermate zeldzaam blijven?

De rechtbanken bezitten de mogelijkheid om alle excessen te weren. Dit kan voldoende geschieden door (a) uiterst streng te zijn op het stuk van het bewijs en alle verzoeken af te wijzen van personen die niet zeker transseksueel zijn (de bewijslast berust bij de verzoeker: zie Hof Parijs, 18 januari 1974, aangehaald); (b) via de bestaande voorschriften nopens de medische aansprakelijkheid illiciete behandelingen en ingrepen tegen te gaan.

Slechts indien zou blijken dat niettegenstaande een genanceerd maar dynamisch beleid van de rechtbanken mis-

⁹ Dit geldt o.i. ook voor het adoptief vaderschap en moederschap, onder voorbehoud van een herroeping van de adoptie.

¹⁰ Bij ons weten bezit enkel Zweden een wet "tot vaststelling van het geslachtsstoebehooren in bepaalde gevallen"; ze betreft zowel fysisch interseksuelen als transseksuelen (Wet 21 april 1972, *Svensk författningssamling*, 1972, nr. 119). In Nederland wordt de aangelegenheid door een commissie onderzocht. Een Belgisch standpunt: KLUGER en MAES, *l.c.*, zijn tegenstanders van een wetgevende regeling.

bruiken niet voorkomen kunnen worden, lijkt ons de tussenkomst van de wetgever gerechtvaardigd.

Nog andere redenen zetten ons aan tot scepticisme t.o.v. een wetgevend definiëren van het geslacht en tot het wettelijk formuleren van de omstandigheden waarin een geslachtskeuze mag plaatsvinden. Op een ogenblik waarop men op het onderscheid tussen de geslachten de domper plaatst, lijkt het ons weinig aangewezen de twee geslachten met minutie juridisch te bepalen, alleen maar met het oog op het oplossen van enkele zeer zeldzame gevallen. Een wetgevend ingrijpen zou daarenboven slechts onnodig de aandacht trekken op een marginaal fenomeen dat allerminst publiciteit (o.m. in het belang van de betrokkene) behoeft. De rechtbanken zijn het best geplaatst om in deze uitzonderlijke gevallen zo mogelijk de nood te lenigen.

De wetgever daarentegen zou o.i. best zijn inspanningen richten op een groot aantal vraagstukken van het personen- en familierecht die van sociaal belang zijn. Op het gebied waar de vooruitgang van het wetenschappelijk inzicht bepalend is, zijn er zeker aangelegenheden van meer gewicht een onderzoek waard (donor-inseminatie bv.). Maar vooral zijn er ettelijke aangelegenheden op het traditionele terrein van het personen- en familierecht, waar de Belgische wetgever geen al te best figuur slaat, omdat de genomen initiatieven hetzij te traag naar een oplossing leiden, hetzij een ontoereikend antwoord leveren op de bestaande noden.

Prof. J.M. PAUWELS
K.U.Leuven

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof Brussel (1e Kamer), 4 december 1974

1. *Rechtsvordering en vordering—Eis tot betaling van schadevergoeding wegens oneerlijke handelspraktijken—Ingeleid voor de voorzitter van de rechtbank van koophandel, zitting houdend als in kort geding—Wijziging in vordering tot staking—Ontvankelijk—2. Handelspraktijken—Door contract met het personeel van een andere handelaar pogen dezelve verkooptechnieken en fabricagegeheimen te achterhalen.*

Geïntimeerde, een handelsvennootschap, had appellant, eveneens een handelsvennootschap, gedagvaard voor de voorzitter van de rechtbank van koophandel, zitting houdend als in kort geding. Zij eiste betaling van een schadevergoeding van 700.000 fr. op grond van oneerlijke handelspraktijken van appellante. Toen deze de onbevoegdheid van de voorzitter opwierp, wijzigde appellante haar vordering in een eis tot staking op grond van de Wet van 14 juli 1971. Het hof oordeelt dat de eerste rechter (Voorz. Kh. Turnhout, 2 maart 1973) de aldus gewijzigde vordering terecht ontvankelijk heeft verklaard:

"Overwegende dat appellante tot de niet-ontvankelijkheid van de eis besluit omdat de voorzitter van de rechtbank van koophandel niet bevoegd was om kennis te nemen van de eis zoals hij in de inleidende dagvaarding gesteld was;

"Overwegende echter dat de nieuwe op tegenspraak genomen conclusie op identiek dezelfde feiten berust als die welke in de inleidende dagvaarding werden aangehaald; dat de wijziging van de vordering dan ook krachtens artikel 807 van het Gerechtelijk Wetboek ontvankelijk is; dat voor de toepassing van dit artikel niet vereist is dat de rechter bevoegd zou zijn om uitspraak te doen over de oorspronkelijke eis noch dat deze ontvankelijk zou zijn."

Betreffende de zaak zelf beslist het hof:

"Overwegende dat uit het geheel van de elementen van de geseponeerde strafinformatie, en namelijk uit de omstandige verklaringen van de personeelsleden van geïntimeerde die elkaar uitleggen en aanvullen en betrouwbaar voorkomen, duidelijk blijkt dat appellante herhaaldelijk gepoogd heeft, door contact op te zoeken met de personeelsleden van geïntimeerde, door hen uit te vragen en zelfs door het geven van steekpenningen, de verkooptechnieken en de fabricagegeheimen van geïntimeerde te achterhalen om ze in haar

eigen soortgelijk en concurrerend bedrijf aan te wenden ; dat appellante, door het stellen van deze met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daden, getracht heeft de beroepsbelangen van geïntimeerde te schaden of deze belangen geschaad heeft ; dat gebeurlijke vroegere fouten van geïntimeerde tegenover appellante te litigieuze daden niet zouden kunnen rechtvaardigen ; dat hoewel deze daden een einde schijnen te hebben genomen, herhaling ervan steeds te vrezen valt."

Het door de eerste rechter uitgevaardigde bevel tot staking wordt mitsdien bekrachtigd.

(Voorzitter : de h. M. Liard—Raadsheren : de hh. J. Jans en P. Mahillon—Advocaten : mrs. De Cannière en Pallemarts—In de zaak : P.V.B.A. E. Laeremans - Van Reusel & Zonen t/ P.V.B.A. Vleeswarenfabriek A. Van der Pluym & Zonen).

Corr. Brussel (20e Kamer), 9 oktober 1974

1. Burgerlijke partij—Rechtspersoon—Verschijning ter gerechtszitting—2. Gemeente—Vordering ingesteld door de gemeente—Machtiging van de gemeenteraad niet overgelegd—Niet ontvankelijk.

Op het hoger beroep van de beklagde tegen een vonnis van de politierechtbank dat hem tot betaling van 12.400 fr. aan de burgerlijke partij, de gemeente Sint-Pieters-Leeuw, had veroordeeld, onderzoekt de rechtbank of de gemeente geldig ter terechtzitting is vertegenwoordigd :

"Overwegende dat in graad van hoger beroep de burgerlijke partij zich niet liet vertegenwoordigen naar de voorschriften van artikel 728 van het Gerechtelijk Wetboek, daar de bijzondere agent die op de verschillende terechtzittingen verscheen, geen orgaan van de gemeente is dat door de wet aangeduid is om in rechte op te treden ;

"Overwegende dat de zaak ten overstaan van de burgerlijke partij bijgevolg bij verstek werd behandeld."

De rechtbank onderzoekt voorts of de burgerlijke-partijstelling ontvankelijk is :

"Overwegende dat uit de stukken der rechtspleging niet blijkt dat het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Pieters-Leeuw door de gemeenteraad werd gemachtigd om als eiser een vordering in te stellen ;

"Overwegende dat aldus niet voldaan werd aan de voorschriften van artikel 148 van de Gemeentewet, zodat de burgerlijke-partijstelling van de gemeente Sint-Pieters-Leeuw niet ontvankelijk is."

Voorzitter : de h. Anne de Molina—Rechters : mevr. Viérin en de h. Verougstraete—Openbaar ministerie : de h. Van Oudenhove—Advocaat : mr. Godaert—In de zaak : Gemeente Sint-Pieters-Leeuw t/ Bonne).

NOOT—1. De verschijning van een burgerlijke partij voor de politierechtbank wordt niet door art. 728 Ger.W., maar door art. 152 Sv. geregeld. Zie met betrekking tot een rechtspersoon Cass., 5 april 1971, Arr. Cass., 1971, 740, en 13 februari 1973, Arr. Cass., 1973, 590.

2. Zie betreffende de gemeente als gedingvoerende partij R.v.St., 4 juni 1974, R.W., 1974-75, 2211, en de noot van W. LAMBRECHTS ; Cass., 14 november 1972, Arr. Cass., 1973, 258 ; R.v.St., 1 april 1969, R.W., 1969-70, 524.

EUROPEES RECHT

Weekoverzicht van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

(Week van 13-17 en 20-24 oktober 1975)

De afgelopen twee weken organiseerde het Hof van Justitie het 8e werkbezoek van magistraten, waarvoor 85 ma-

gistraten uit alle negen Lid-Statens naar Luxemburg waren gekomen.

Het Hof ontving voorts delegaties van Duitse en Oostenrijkse magistraten en studenten van het Institut régional d'administration te Metz.

I. Arresten

Zaak 24/75

Petroni/Office national des pensions pour salariés (prej. zaak) 21.10.1975

De Arbeidsrechtbank te Brussel heeft het Hof van Justitie verzocht om een prejudiciële beslissing inzake de uitlegging en geldigheid van een verordening van de Raad betreffende de toepassing van sociale zekerheidsregelingen op loontrekkenden en hun gezinnen, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen. De heer Petroni, van Italiaanse nationaliteit, was 17 jaar als loontrekkende in België werkzaam geweest en vervolgens teruggekeerd naar Italië, waar hij nog 7 jaar had gewerkt. Na zijn overlijden stelden zijn erfgenamen een actie in tegen de Belgische instelling belast met de vaststelling van pensioenen voor loontrekkenden. Deze instelling had namelijk het bedrag van de in België verschuldigde uitkering verlaagd op grond van de — bij gemeenschapsverordening vastgestelde — regel van beperking van cumulatie van de uitkeringen voorzien in de verschillende Lid-Statens. De Belgische instelling wilde uitvoering geven aan een beginsel dat migrerende werknemers waarborgt dat zij uit hoofde van hun door de verschillende Lid-Statens toegekende pensioenen in totaal een bedrag ontvangen tot ten hoogste de uitkering die door één van de Lid-Statens verschuldigd zou zijn indien zij steeds onder de wetgeving van die Lid-Staat zouden zijn gevallen. Dit bedrag was dus een maximum. De Arbeidsrechtbank te Brussel vroeg het Hof of deze regel, voor zover zij een beperking van de cumulatie inhoudt, in casu moet worden toegepast en zo ja, of zij onverenigbaar moet worden geacht met artikel 51 van het Verdrag (betreffende de samentelling van arbeidstijdvakken).

Het Hof overwoog dat de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers hun doel zouden voorbij schieten, indien de werknemers door de toepassing ervan sociale zekerheidsvoordelen die hun worden toegekend door de wetgeving van een Lid-Staat, zouden verliezen, en dat artikel 51 van het Verdrag in hoofdzaak betrekking heeft op het geval dat de wetgeving van een Lid-Staat op zichzelf de betrokkene geen recht op uitkering verleent of hem slechts een beneden het maximum liggende uitkering toekent.

Het Hof besliste dan ook dat 's Raads verordening onverenigbaar is met artikel 51 van het Verdrag, voor zover zij een beperking bevat van de cumulatie van twee uitkeringen, verkregen in verschillende Lid-Statens, door verlaging van het bedrag van een uitkering die uitsluitend is verkregen ingevolge de nationale wetgeving.

Zaak 35/75

Matisa/Hauptzollamt Berlin-Packhof (prej. zaak) 23.10.1975

Moet de "stop-egaliseer- en richtmachine"-Matisa worden ingedeeld onder post 86.04 B (als elektrische motorwagen) of onder post 84.23 A-II-b (als delf- en graafmachine) van het gemeenschappelijk douanetarief.

Vormen de toelichtingen bij de nomenclatuur van Brussel een bindende uitlegging van het gemeenschappelijk douanetarief ?

De door de firma Matisa vervaardigde machine, die aanleiding heeft gegeven tot deze vraag, is een op rails voortbewogen voertuig bestemd voor het onderhoud van spoorrails, en dient tot het "stoppen of stampen" van ballast onder dwarsliggers en tot het richten van de rails. De machine

kan zowel voorwaarts als achterwaarts rijden met een maximum snelheid van 80 kilometer per uur.

De volledige beschrijving van dit "stalen monster" verklaart de moeilijkheden die zich voordoen bij de tariefindeling van de machine. Na een bespreking van beide betrokken tariefposten besliste het Hof dat, gezien het ontbreken van gemeenschapsregels ter zake, de toelichtingen en de indelingsadviezen bedoeld in het Verdrag inzake nomenclatuur voor de indeling van waren in het gemeenschappelijk douanetarief, als waardevolle hulpmiddelen bij de uitlegging van de posten van het gemeenschappelijk douanetarief moeten worden beschouwd. De term "elektrische motorwagen" moet worden uitgelegd in die zin, dat het voertuigen voor het onderhoud van rails omvat, die zijn uitgerust met één of meer motoren waarmee het voertuig zich snel en geheel zelfstandig over de spoorbaan kan verplaatsen.

II. Conclusies

Zaak 36/75

Rutili tegen Ministère de l'Intérieur

Verzoek van het Tribunal administratif te Parijs om een prejudiciële beslissing inzake de uitlegging van artikel 48 E.E.G.-Verdrag (vrij verkeer van werknemers) (openbare orde).

Advocaat-generaal: H. Mayras.

Zaak 30/75

Unil/Administration financière, Italië.

Verzoek van het Italiaanse Cour de Cassation om een prejudiciële beslissing inzake de uitlegging van verordening no. 13/64/EEG van de Raad van 5 februari 1964, houdende geleidelijke instelling van de gemeenschappelijke marktordening in de sector zuivel (P.B. 1964, blz. 549).

Advocaat-generaal: G. Reischl.

Zaak 33/75

Galati/Landesversicherungsanstalt Schwaben

Verzoek van het Sozialgericht te Augsburg om een prejudiciële beslissing inzake de uitlegging van artikel 45 van verordening (EEG) no. 1408/71 van de Raad inzake sociale zekerheidsregelingen.

Advocaat-generaal: G. Reischl.

Zaak 73/74

Fabricants papiers peints/Commissie

Verzoek om nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 23 juli 1974 betreffende een procedure tot toepassing van artikel 85 E.E.G.-Verdrag (IV).

Advocaat-generaal: A. Trabucchi.

Zaak 37/75

Bagusat/Hauptzollamt Berlin

Verzoek van het Finanzgericht Berlin om een prejudiciële beslissing inzake post 20.06-B-I (kersen) van het gemeenschappelijk douanetarief.

Advocaat-generaal: H. Mayras.

III. Mondelinge behandeling

Zaak 99/74

Grand Moulins/Commissie

Schadevergoeding.

Zaak 38/75

Nederlandse Spoorwegen/Inspecteur Invoerrechten

Verzoek van de tariefcommissie om een prejudiciële beslissing inzake de posten 90.07 en 84.54 van het gemeenschappelijk douanetarief.

Zaak 50/75

Caisse de pensions des employés privés/Massonet

Verzoek van het Cour supérieure de la justice de Luxembourg om een prejudiciële beslissing inzake de uitlegging van artikel 51 E.E.G.-Verdrag en de artikelen 12, 27 en 28 van verordening no. 3 (weduwepensioen).

Zaak 49/75

Borella/Landesversicherungsanstalt Schwaben

Verzoek van het Sozialgericht Augsburg om een prejudiciële beslissing inzake de uitlegging van artikel 48, lid 1, van verordening (EEG) no. 1408/71 van de Raad inzake de sociale zekerheid.

Zaak 48/75

Procureur des Konings tegen Royer

Verzoek van het Tribunal correctionnel te Luik om een prejudiciële beslissing inzake de uitlegging van artikel 48 E.E.G.-Verdrag (vrij verkeer van werknemers) en 's Raads richtlijn no. 64/221 (verblijfsvergunning geweigerd om redenen van openbare orde).

IV. Korte gedingen

De President van het Hof heeft op 21 oktober in kort geding beschikt op een verzoek om overeenkomstig artikel 39 EGKS-Verdrag voorlopige maatregelen te gelasten, bestaande hetzij in een bevel aan de Commissie een tot de National Coal Board (NCB) gerichte beschikking te nemen, ofwel NCB te gelasten zich te onthouden van een bepaald prijsbeleid.

Partijen in de zaak zijn NCB, nagenoeg alleenverkopers van cokeskolen, zijn dochteronderneming National Smokeless Fuels (NSF), producent van cokes, en de National Carbonising Co (NCC), fabrikant van cokes en afnemer van NCB voor kolen, de grondstof voor cokes.

NCC had de Commissie verzocht NCB te gelasten een eind te maken aan zijn monopolistische en concurrentievervalsende praktijken, daar hij anders zijn beide cokesfabrieken, die als gevolg van die praktijken met verlies werken, zou moeten sluiten. Aangezien de Commissie naliel de gevraagde maatregelen te nemen, spande NCC een kort geding aan bij het Hof van Justitie.

De President van het Hof verklaarde voor recht:

1° dat de interventie van NCB in het kort geding onvan-
kelijk is;

2° dat de Commissie de conservatoire maatregelen dient te nemen die zij strikt noodzakelijk acht voor de voortzetting der werkzaamheden van de met sluiting bedreigde twee fabrieken NCC, zulks gedurende de periode nodig voor de behandeling van de hoofdzaak en onder toereikende waarborgen.

BOEKBESPREKING

Association Européenne d'Etudes Juridiques et Fiscales, Product Liability in Europe, A collection of reports prepared for the conference on product liability in Europe to be held in Amsterdam on 25th and 26th September 1975,

Kluwer-Deventer en Kluwer-Harrap Handbooks-Londen, 1975, 155 blz. + 4 blz. case studies.

Onder de auspiciën van de Association Européenne d'Etudes Juridiques et Fiscales werd te Amsterdam op 25 en 26 september 1975 een conferentie gewijd aan de produktenaansprakelijkheid in Europa (cf. de aankondiging in R.W., 1975-76, 59).

Als voorbereiding op deze conferentie werd een boek uitgegeven dat bij wijze van documentatie ter beschikking werd gesteld van de deelnemers.

Het boek bevat naast een verklarend voorwoord van de inrichters en een voortreffelijke inleiding van Paul M. Storm, advocaat te Rotterdam, een aantal rapporten over de huidige stand van het recht op het gebied van de produktenaansprakelijkheid in de landen van de Europese Gemeenschap (met uitzondering van Ierland en Luxemburg waarvoor verwezen wordt naar de rechtsstelsels in resp. Engeland en Frankrijk) en in de Verenigde Staten.

Het boek sluit met de teksten van de Conventie van Den Haag over het toepasselijk recht inzake produktenaansprakelijkheid, van het Ontwerp van Europese Conventie met verklarend rapport inzake de produktenaansprakelijkheid voor lichamelijke letsel en overlijden, en ten slotte van het eerste Voorontwerp van Richtlijn met memorandum en verklarende notities van de Europese Gemeenschappen betreffende de benadering van het produktenaansprakelijkheidsrecht in de lid-staten. Volledigheidshalve dient nog te worden vermeld dat het boek in een los addendum de opgave bevat van twee case studies die tijdens de conferentie werden geanalyseerd.

De rapporten over de huidige stand van het P.A.-recht werden geschreven door leden van de "Association" met uitzondering van het rapport uit de Verenigde Staten waar de vereniging geen leden telt en van het Deense rapport waarvoor een beroep werd gedaan op een niet-lid. De auteurs zijn: Martin Denys (België), Børge Dahl (Denemarken), Claude de Leyssac (Frankrijk), Wolfgang Rosener (Duitsland), Giovanni M. Ughi en Giorgio Delbue (Italië), Hans Beekhuis (Nederland), Anthony Paines (Engeland), William P. Richmond (Verenigde Staten).

Alle rapporten werden opgesteld op basis van een gedetailleerde vragenlijst waarin eerst het te hanteren concept wordt omlijnd en vervolgens een aantal concrete vragen worden gesteld.

In het concept wordt de P.A. omschreven als de "Civil liability of manufacturers and suppliers of products for damage caused by products manufactured or sold by them".

Het concept zelf is dus beperkend in die zin dat bijv. de herstelling, de verhuur en andere vormen van genotsverschaffing buiten beschouwing worden gelaten.

Anderzijds wordt zeer terecht een scheidingslijn getrokken tussen transactieschade (loss on the bargain, préjudice commercial, Geschäftsschade), die de schade is die de koper in de sfeer van de overeenkomst lijdt doordat hij niet precies datgene krijgt waarop hij recht heeft, en produktschade, die de schade betreft die de afnemer of een derde lijdt doordat het produkt oorzaak is van lichamelijke letsel of zaakschade aan een andere zaak dan het geleverde produkt (zie hierover ook G.H.A. Schut, *Produktenaansprakelijkheid*, Zwolle 1974, nr. 5).

Produktenaansprakelijkheid refereert aan produktschade zodat de transactieschade buiten beschouwing wordt gelaten.

De vragenlijst zelf, die zeer uitvoerig is, wordt ingedeeld in een aantal titels: aansprakelijke personen, aansprakelijkheidsvereisten, bewijslastregeling, aard en omvang van de schadeloosstelling, gevolgen van overlijden en rechten van het ongeboren kind, toepasselijk recht, verzekering, procedure en kostenregeling.

Daar de rapporten beknopt werden gehouden wordt deze omvangrijke materie noodgedwongen oppervlakkig behandeld. Het voordeel is uiteraard dat de lezer in een kort bestek een samenvatting vindt van de krachtlijnen en tendensen van de buitenlandse rechtsstelsels inzake aansprakelijkheid.

Uit de rapporten blijkt dat alle landen van de E.E.G., met uitzondering wellicht van Denemarken, de P.A. op een dualistische wijze benaderen met name via het contracten-

recht enerzijds en de regelen ter zake van de delictuele aansprakelijkheid anderzijds. Terwijl in de Verenigde Staten uit deze dichotomie door een jarenlange schoksgewijze evolutie een Strict Product Liability in Tort is gegroeid, hebben de rechtbanken in de Europese landen door een ombuiging van bestaande wetteksten en concepten min of meer belangrijke stappen gezet in de richting van een schuldloze produktenaansprakelijkheid.

Frankrijk spant hierbij ongetwijfeld de kroon door een ingenieuze maar gewaagde interpretatie van art. 1645 B.W., waardoor de professionele verkoper krachtens een in de regel onweerlegbaar vermoeden van professionele kunde geacht wordt de verborgen gebreken van de door hem verkochte produkten te kennen, waardoor de koper "par économie de procédure" een rechtstreekse eis ex contractu kan instellen tegen de eerste schakel uit de verkoopketen, met name de fabrikant, en waardoor tenslotte de professionele verkoper zijn contractuele aansprakelijkheid jegens de koper niet kan wegstipuleren.

Het Franse rapport maakt daarnaast nog melding van een andere kunstmatige uitweg, ditmaal op buitencontractueel vlak, naar een schuldloze produktenaansprakelijkheid, met name de opsplitsing door het Hof van Cassatie van de bewaking van de zaak (art. 1384, lid 1, B.W.) in een "garde du comportement de la chose" en een "garde de la structure". Indien de fabrikant zou beschouwd worden als de "gardien de la structure" dan zou uit deze theorie een quasi schuldloze aansprakelijkheid kunnen worden geconstrueerd.

De materie van de P.A. is overigens in alle Europese landen nog in volle ontwikkeling, hetgeen uiteraard niet betekent dat de tendensen en denkrichtingen altijd precies samenvallen. Zo maken het Nederlandse en het Deense rapport in de laatste paragrafen gewag van de mogelijkheid dat het produktenrisico in de verdere toekomst zou kunnen worden opgenomen in een systeem van een van staatswege georganiseerde verzekering die de plaats zou innemen van de remedies uit het aansprakelijkheidsrecht.

Meldenswaard is ook bijv. dat het Belgische rapport zeer kritisch staat tegenover de weerlegbaarheid van het vermoeden van kennis van de verborgen gebreken in hoofde van de verkoper (art. 1645 B.W.) en zeer uitdrukkelijk opteert voor een onweerlegbaar vermoeden naar het Franse model. Het Franse rapport daarentegen maakt melding van een duidelijke tendens tot versoepeling ten voordele van de verkoper van de nogal rigoureuze implicaties van de "garantie des vices cachés".

Een ander controversieel maar erg belangrijk vraagstuk dat in enkele rapporten aandacht krijgt is of de producent/leverancier al dan niet aansprakelijk zou moeten worden gesteld voor de zgn. ontwikkelingsschade en systeem-schade.

De ontwikkelingsschade is de schade te wijten aan een gevaar dat, rekening houdend met de stand van wetenschap en techniek op het tijdstip dat het produkt in het verkeer werd gebracht, onbekend en onvoorzienbaar was.

De systeem-schade is de schade toe te schrijven aan bekende maar vooralsnog onvermijdbare gevaren inherent aan het produkt (zoals genees- en genotmiddelen).

Het Deense rapport wijdt aan dit probleem enkele interessante beschouwingen (pp. 42 en 43) terwijl het Franse en het Duitse rapport het probleem rond het ontwikkelingsrisico aanstippen (resp. pp. 59-60 en p. 72).

In het rapport uit de Verenigde Staten waarin de tekst van de Restatement of Torts, Second Edition, betreffende de produktenaansprakelijkheid wordt geciteerd, wordt gehandeld over de zgn. "unavoidably unsafe products" (p. 120).

Midden in deze stapsgewijze, soms ook moeizame en niet altijd convergerende evolutie naar een betere juridische bescherming van de slachtoffers van ondeugdelijke produkten, hebben twee Europese instanties, met name de Raad van Europa en de Europese Commissie, ieder afzonderlijk, besloten een poging te ondernemen om deze evolutie te doorakelen door resp. in een ontwerp van verdrag en een voorontwerp van richtlijn te opteren voor een schuldloze aansprakelijkheid van de fabrikant die o.m. ook het ontwikkelingsrisico omvat, maar anderzijds beperkt is of kan worden in bedragen en tijd.

Het ontwerp-verdrag heeft deels om opportuniteitsredenen en deels wegens tijdgebrek alleen betrekking op lichamelijk letsel en overlijden terwijl het voorontwerp van richtlijn ook de zaakschade behelst.

De teksten van deze ontwerpen te zamen met de toelichtingen werden, zoals vermeld, opgenomen in het boek terwijl de boeiende inleidende bijdrage van Paul M. Storm een beknopte maar kritische analyse bevat.

Voormelde auteur stelt de vraag naar de wenselijkheid van een Europese wetgeving op dit punt in de evolutie en betoogt dat, indien de rechtszekerheid vooral van de producent een overwegend argument ten gunste vormt, het systeem in ieder geval evenwichtig behoort te zijn en daarom ook exclusief, d.w.z. in de plaats tredend van het nationale recht ter zake en niet, zoals in de huidige ontwerpen, cumulatief.

Hij analyseert verder de redenen die in het memorandum van de Europese Commissie worden aangevoerd om tot een richtlijn in deze materie te komen (o.m. de gelijke bescherming van alle consumenten in de E.G., de verstoring van de vrije mededinging door de ongelijke lasten die wegens de ongelijke wetgeving op de industrieën rusten, de belemmering van het vrije goederenverkeer doordat de koopkeuze mee bepaald wordt door de geboden juridische bescherming tegen produktschade) en besluit dat deze argumenten in hoge mate artificieel en academisch zijn en zeker geen afzonderlijke actie van de Europese Commissie naast die van de Raad van Europa justifyeren.

Naast voormelde problematiek blijft nog de belangrijke vraag naar de waarde van de theorie van de risicospreiding via het verzekeringsmechanisme zoals die in de toelichting bij beide ontwerpen wordt vertolkt en toegepast, o.m. ook op het ontwikkelingsrisico dat in essentie niet becijferbaar is.

De auteur behandelt dit laatste probleem niet maar verwijst naar de conferentie waar plaats werd ingeruimd voor de verzekeringsvraagstukken.

De conclusie bij de lezing van dit boek mag zijn dat in het licht van de technologische en markteconomische ontwikkelingen van de laatste decennia gezocht wordt naar een produktenaansprakelijkheidsstelsel dat een nieuw evenwicht tot stand moet brengen tussen de belangen van de producenten enerzijds en van de consumentengemeenschap anderzijds. Het boek levert stof tot reflectie over dit rechtsvraagstuk in volle mutatie.

Alfons Wouters

BERICHTEN EN MEDEDELINGEN

Bulletin Europees Kartelrecht

Dit Bulletin, een nieuwe uitgave van het Europa Instituut van de Rijksuniversiteit te Leiden, beoogt een samenvatting te geven van en een commentaar op de beschikkingen van de Europese Commissie op het gebied van het mededingingsrecht. De bedoeling is dat het Bulletin zo snel mogelijk na iedere beschikking uitkomt.

Het Europese kartelrecht is een zeer snel ontwikkelend rechtsgebied, dat een steeds grotere invloed krijgt op de rechtspraktijk. Gemiddeld komen er per jaar ongeveer 5 arresten van het Hof van Justitie en meer dan 10 beschikkingen van de Commissie uit. Voor zover wij weten — aldus de aankondiging — bestaat er in het Nederlandse taalgebied nog geen uitgave die de belangrijke beschikkingspraktijk van de Commissie snel van commentaar voorziet. Uit krantenberichten en perscommuniqués komt men dikwijls wel te weten dat er weer een beschikking is uitgevaardigd. De consequenties van de beschikking worden meestal evenwel niet aangegeven. In deze lacune hoopt het Bulletin Europees Kartelrecht te voorzien. Tevens zullen wij proberen door middel van systematische registers de beschikkingspraktijk van de Commissie op het gebied van het mededingingsrecht meer toegankelijk te maken.

In ieder geval zullen er in het Bulletin samenvattingen komen van en commentaren op iedere beschikking van de Com-

missie, die na 1 januari 1975 uitgevaardigd wordt. Voorts zouden er ook samenvattingen gegeven kunnen worden van en commentaren op verordeningen van de Raad en de Commissie, bekendmakingen van de Commissie en belangrijke schriftelijke vragen in het Europees Parlement op dit gebied.

De abonnementsprijs voor het Bulletin Europees Kartelrecht bedraagt voor de periode vanaf nu tot en met 1976 30 gulden.

U krijgt hiervoor dan dit jaar nog ongeveer 10 afleveringen en het volgende jaar naar verwachting 15. Helemaal zeker is dit natuurlijk niet te zeggen, want het aantal afleveringen is afhankelijk van het aantal beschikkingen dat de Commissie geeft. Bovendien ontvangt U als U zich abonneert de tot nu toe uitgekomen 4 afleveringen van het Bulletin gratis. De abonnementsprijs is zuiver op grond van de kosten van de technische vervaardiging van het Bulletin berekend.

U kunt U abonneren door f. 30,- over te maken op rekening nr. 56.66.32.993 bij de Algemene Bank Nederland te Leiden (giro nr. Bank f 9013) ten name van Stichting Europees Instituut met vermelding "Bulletin Europees Kartelrecht".

TIJDSCHRIFTEN

Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie—jg. 106, oktober 1975, nr 5321

Th. Smalbraak, De erfdiensbaarheden in het Gewijzigd Ontwerp Boek 5 NBW (II slot)—J.W.A. Donker, Nogmaals: ouderlijke boedelverdeling—Rapport van de Commissie ingesteld door de Koninklijke Notariële Broederschap over Titel 4 (huur) en Titel 5 (pacht) van het Ontwerp voor Boek 7 NBW—Rechtsvragenrubriek—Verslagen en berichten.

Rechtsgeleerd Magazijn Themis—1975, nr. 5

De Hoge Raad en het Verweer van de verdachte, art. 358 en 359 Sv.—H.W. Heyman, Kemper's strijd tegen de Code civil—F.H. Van der Burg, J.H. Grosheide, J. ter Heide, H.J.M., Jeukens, J.A., Lamers F., Molenaar P., Van Schilf-gaarde, Boekbeshouwingen—Staats- en administratief recht.

Juridisch Studentenblad Ars Aequi—oktober 1975, nr 9

F. de Hosson, De informele kapitaalbreng—Huib Klammer, De invloed van werknemers bij de benoeming van commissarissen: coöptatie of rechtstreekse verkiezing?—H.J. de Ru, Het verdrag van Lomé, de E.E.G. en ontwikkelingshulp—Rechtsvragen—C. Borman, Wet op het openbare bibliotheekwerk—Jurisprudentie.

Bestuurswetenschappen—jg. 29, sept.-okt. 1975, nr 6

F.J. Hoefnagel, Inleiding—J.M. Kan, A view from the Inside—F.C.L.M. Crijns, Vaste colleges van advies en bijstand—F.H. van der Burg, Commissies ad hoc—S.O. van Poelje, Advisering op het gebied van het binnenlands bestuur—W.H. de Beaufort, Parlement en adviescolleges—F.H. van der Burg, J.M. Polak, Enkele slotbeschouwingen—Literatuur inzake advisering—Symposium reorganisatie binnenlands bestuur.

Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht—jg. 23, oktober 1975, nr 10

Berichten van de redactie—A. Mulder, Economische macht van gemeenten: de Oxirane-zaak—J.A.M. Smulders, Bestrijdingsmiddelen en volksgezondheid—A. Mulder, Het ontwerp van een eerste Wet tot bestrijding van de "Wirtschaftskriminalität" in de Duitse Bondsrepubliek—P.A.H. Bos, Warenwetcontrole en dagvaardingsperikelen—D.D. Miedema, Prioriteit van communautair recht?—Hoge Raad en College van Beroep voor het Bedrijfsleven—Boekbespreking—Mededeling over "Staatsrecht en Economische macht".

Maandblad voor Ondernemingsrecht—jg. 18, oktober 1975, nr 10

H. de Boer, Personeelsjaarverslagen—C.W.A. Timmermans, Het gewijzigde Statuut voor de Europese N.V. (I) 265—D.C. Renooij, De Vereniging voor de Effectenhandel nieuwe stijl—Actualiteiten—Vragenrubriek—Boekbespreking.