

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

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

PUBLIEKRECHTELIJKE ASPECTEN VAN HET ARREST MARCKX

Op 13 juni 1979 wees het Europees Hof van de rechten van de mens zijn arrest in de zaak *Marckx* (*), de 24ste zaak die bij hem aanhangig werd gemaakt¹ en de zesde die tegen België was gericht. Het was voor de derde maal dat een schending van de Europese Conventie van de rechten van de mens door België werd vastgesteld². De eerste maal geschiedde dit in het arrest van de Belgische taalzaak van 23 juli 1968³ en de tweede maal in het arrest van de landlopers⁴ van 18 juni 1971⁵.

De zaak *Marckx* werd op 29 maart 1974 bij de Europese Commissie van de rechten van de mens aanhangig gemaakt door de ongehuwde moeder, mevrouw Paula Marckx, die zich beklagde over de nadelige toestand waarin zijzelf en haar «natuurlijk» kind zich onder de huidige Belgische wetgeving bevonden. De klacht werd mede ingediend namens haar op 16 oktober 1973 te Wilrijk geboren dochter Alexandra, die zij succesievelijk op 29 oktober 1973 en 30 oktober 1974 had erkend en geadopteerd.

De klachten van Paula en Alexandra Marckx kunnen als volgt worden samengevat :

- 1) het louter feit van de geboorte volstaat niet voor een «natuurlijk» kind om een juridische band te doen ontstaan met zijn moeder ;
- 2) zelfs na de erkenning ontstaat er geen verwantschap tussen het «natuurlijk» kind en zijn grootouders ;
- 3) na de erkenning echter kan de moeder de totaliteit van haar goederen niet aan haar «natuurlijk» kind overmaken.

De huidige Belgische wetgeving ter zake kan ongetwijfeld als voorbijgestreefd worden bestempeld. Achtereenvolgende Belgische ministers van Justitie hebben reeds wetsontwerpen ingediend met het doel aan deze ongelijke behandeling van de «natuurlijke» kinderen ten opzichte van de wettige kinderen een einde te stellen, maar de Wetgevende Kamers hebben de tijd nog niet gevonden de Belgische wetgeving aan de hedendaagse opvattingen aan te passen⁶. De vraag die hier echter rijst is te weten of deze toestand in hoofde van moeder en/of dochter Marckx een schending van de Europese Conventie van de rechten van de mens betekent.

Na de Commissie, die in haar op 10 december 1977 aangenomen verslag de mening uitsprak dat in het voorliggend geval een aantal artikelen van de Europese Conventie ge-

schonden waren, is nu ook het Hof in zijn arrest van 13 juni 1979 tot hetzelfde besluit gekomen⁷. Zij hebben beide geoordeeld dat artikel 8 afzonderlijk, artikel 8 gecombineerd met artikel 14 van de Conventie en artikel 1 van het eerste Protocol gecombineerd met artikel 14 van de Conventie geschonden waren. Vermeldenswaard is dat het Hof meer schendingen dan de Commissie constateerde.

Aangezien er verscheidene klachten waren die vanuit het oogpunt van verschillende artikelen van de Conventie en het eerste Protocol moesten worden onderzocht en er verschillende leden soms een afwijkende mening waren toegedaan, heeft het Hof zeventien verschillende vragen beantwoord, evenwel bijna altijd met een zeer duidelijke meerderheid.

I. Korte samenvatting van het arrest

Voorafgaand aan de eigenlijke zaak moest worden onderzocht of de klagers zich konden laten doorgaan als «slachtoffers» van de door hen aangehaalde schendingen van de Conventie⁸. Volgens de Belgische regering waren hun klachten in wezen theoretisch van aard, vooral omdat het kind zich niet bewust was van de omstandigheden waarin het op de wereld was gekomen en omdat de moeder op eigen initiatief was overgegaan tot de erkenning en de adoptie van haar kind⁹. Volgens het Hof echter bestrijden de klagers een wettelijke toestand die hen persoonlijk raakt en wordt met «slachtoffers» de personen bedoeld die rechtstreeks betrokken zijn bij de betwiste handeling of nalatigheid, zodat beiden kunnen «beweren» slachtoffers te zijn van de tekortkomingen waarover ze zich beklagen¹⁰.

A. De eerbiediging van het gezinsleven (artikel 8 van de Conventie)

Artikel 8 van de Europese Conventie vormt ongetwijfeld de voornaamste rechtsgrond voor de klachten van Paula en Alexandra Marckx. Artikel 8, paragraaf 1, luidt als volgt : «1. Een ieder heeft recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling»

De klachten werden eerst onderzocht vanuit het oogpunt van dit artikel zowel afzonderlijk als in combinatie met

artikel 14 van de Conventie dat discriminatie verbiedt betreffende het genot van rechten en vrijheden die in de Conventie vermeld zijn.

Zoals rechter Fitzmaurice erop gewezen heeft in zijn «dissenting opinion» moet eerst en vooral worden nagegaan of artikel 8 van de Conventie wel toepasselijk is op de naar voren gebrachte klachten, vooraleer onderzocht kan worden of het artikel geschonden is¹¹. Hoewel overtuigd dat iedereen het hiermee in beginsel eens is, vreest rechter Fitzmaurice niettemin dat «principle is easily lost sight of when eagerness for specific results - however meritorious they may be in themselves - overreaches the still, small voice of the juridical conscience»¹². Wat nu artikel 8 betreft, meent hij dat het overduidelijk is dat het toepassingsveld van dit artikel beperkt is tot wat hij noemt de «huiselijke bescherming» van het individu en alleen ten doel heeft het vermijden van een aantal fascistische en communistische inquisitie-praktijken en niet het regelen van de burgerlijke stand van zuigelingen¹³.

Evenals de Commissie is ook het Hof van oordeel dat artikel 8 het bestaan van een gezinsleven veronderstelt en dat hiervoor geen onderscheid mag worden gemaakt tussen een wettig en een «natuurlijk» gezin. Bovendien stelt het Hof vast dat er tussen Paula en Alexandra Marckx een effectief gezinsleven bestaat. De Commissie was reeds eensgezind van mening dat het louter feit van de geboorte een gezinsleven verwekt in de zin van artikel 8 van de Conventie. Het Hof meent bovendien dat de eerbiediging van het gezinsleven het bestaan impliceert in het nationaal recht van een juridische bescherming die de integratie van het kind in zijn gezin vanaf zijn geboorte mogelijk maakt¹⁴.

1. De moederlijke afstamming van Alexandra Marckx

Volgens de Commissie is de noodzaak van erkenning van een «natuurlijk» kind door zijn moeder op zichzelf een miskenning van het gezinsleven van een «natuurlijk» kind¹⁵. Het feit dat Alexandra Marckx van 16 tot 29 oktober 1973 juridisch geen moeder had, beschouwt het Hof met twaalf tegen drie als een schending van artikel 8 in hoofde van het kind¹⁶. Voor wat dit punt betreft had de Commissie blijkbaar geen schending van artikel 8 gezien in hoofde van de moeder van het «natuurlijk» kind. Ook hier besluit het Hof met tien tegen vijf tot een schending omdat het de mening is toegedaan dat de noodzaak van erkenning een weigering inhoudt het moederschap van Paula Marckx vanaf de geboorte ten volle te bekrachtigen¹⁷.

2. De jurisidische omvang van het gezin van Alexandra Marckx

De Commissie was de mening toegedaan dat het begrip gezinsleven in ruime zin dient te worden begrepen en dat het feit dat het «natuurlijk» kind juridisch vreemd blijft aan de familie van zijn moeder een schending inhoudt van artikel 8 van de Conventie in hoofde van het kind¹⁸. Waar de Commissie dienaangaande blijkbaar geen schending van artikel 8 afzonderlijk in hoofde van de moeder aangehouden heeft, besluit het Hof met twaalf tegen drie dat deze aangelegenheid een schending inhoudt van artikel 8 afzonderlijk zowel in hoofde van de moeder als in hoofde van het kind, omdat het «gezinsleven» in de zin van artikel 8 minstens de verhouding tussen naaste bloedverwanten omvat¹⁹.

3. De patrimoniale rechten ingeroepen door Paula en Alexandra Marckx

De Commissie was van oordeel dat artikel 8 de patrimoniale rechten niet waarborgt²⁰. Eensgezind is het Hof van oordeel dat de beperking opgelegd aan de moeder, zowel in hoofde van de moeder als in hoofde van de dochter, artikel 8 afzonderlijk niet schendt, omdat het niet vereist dat een kind recht zou hebben op een zeker deel van de erfopvolging en het aan de moeder geen absolute vrijheid tot schenken of nalaten van goederen aan haar kind waarborgt²¹. Het Hof meende echter dat artikel 8 wel op deze aangelegenheid van toepassing was²², aangezien het vaststelde met dertien tegen twee dat hogervermelde beperkingen zowel in hoofde van de moeder als in hoofde van het kind een schending uitmaken van artikel 8 gecombineerd met artikel 14 dat discriminatie verbiedt in het genot van de rechten en vrijheden die in de Conventie vermeld staan. Het Hof meent immers dat het gebied van de erfopvolgingen tussen naaste bloedverwanten nauw verbonden lijkt met het gezinsleven, dat ook materiële belangen omvat²³.

B. Het discriminatieverbod van artikel 14 van de Conventie

Er zal thans wel weinig betwisting bestaan over het feit dat een onderscheid in rechtsbescherming tussen kinderen al naargelang ze al dan niet in een huwelijk geboren zijn in beginsel niet gewettigd is. In het kader van de Europese Conventie is het dan niet zozeer de vraag of het aangevochten onderscheid een verboden discriminatie is dan wel of deze discriminatie betrekking heeft op een in de Conventie vermeld recht. Inderdaad, artikel 14 kan slechts geschonden worden wanneer een discriminatie wordt vastgesteld in het genot van een recht of een vrijheid opgenomen in de Conventie. Aanvankelijk was er in de jurisprudentie van de Commissie en van het Hof enige onduidelijkheid over de juiste draagwijdte van deze bepaling. Het arrest *Marckx* heeft evenwel de verdienste de draagwijdte van artikel 14 duidelijk en correct te bepalen.

Het Hof verklaart uitdrukkelijk dat «hoewel artikel 14 geen onafhankelijk bestaan heeft, het een belangrijke autonome rol kan spelen». Met «geen onafhankelijk bestaan» wordt bedoeld dat de discriminatie moet betrekking hebben op een recht of een vrijheid die in de Conventie vermeld staat. Met «autonome rol» wordt bedoeld dat een schending van het discriminatieverbod mogelijk is zonder dat er voorafgaand een schending van het betrokken recht of vrijheid werd vastgesteld²⁴. Het is dan ook van het grootste belang dat vooraf wordt vastgesteld dat de discriminatie betrekking heeft op een recht of vrijheid die in de Conventie vermeld staat. Rechter Fitzmaurice heeft verklaard de indruk te hebben dat «The Court, owing to a natural dislike of any kind of unjustified discrimination, has tended to regard any kind of unjustified discrimination, has tended to regard the Convention on the basis of Article 14 alone without always first satisfying itself of the existence and applicability of some other Article duly granting the rights that are alleged to have been afforded in a discriminatory manner»²⁵.

Op dit punt was de uitspraak in de zaak van het *Belgisch politieyndicaat* (27 oktober 1975) aan ernstige kritiek onderhevig, omdat het Hof immers artikel 14 van de Conventie heeft toegepast op een recht (het recht om ge-

raadpleegd te worden) waarvan het zelf heeft vastgesteld dat het geen inherent element is van een recht (de syndicalistische vrijheid) dat door de Conventie gewaarborgd wordt²⁶. Het arrest in de zaak *Marckx* is niet aan dergelijke kritiek onderhevig, omdat het Hof er telkens over gewaakt heeft eerst uitdrukkelijk vast te stellen dat het recht in het genot waarvan over discriminatie geklaagd wordt door de Conventie gewaarborgd is. Op de drie hieronder aangehaalde punten heeft het Hof besloten dat er sprake was van een door artikel 14 verboden discriminatie.

1. De moederlijke afstamming van *Alexandra Marckx*

Het aangevochten onderscheid werd door de Belgische regering verdedigd omdat het aan de ongehuwde moeder de keuzevrijheid laat het kind al of niet ten hare laste te nemen en omdat het belang van het kind ermede gediend wordt door het te laten opvoeden door een moeder die zulks wenst te doen. De Commissie vond dit argument niet overtuigend, omdat ook een gehuwde moeder kan wensen haar kind niet op te voeden en dat de afstamming niettemin wordt vastgesteld door het louter feit van de geboorte, en omdat het «natuurlijk» kind niet minder dan het wettig kind belang heeft bij de vaststelling van zijn afstamming. De Commissie meent dan ook dat het aangevochten onderscheid niet objectief en redelijk gerechtvaardigd is. Dat de aangevochten onderscheiden kunnen worden verholpen door adoptie laat volgens de Commissie de fundamentele discriminatie tussen «natuurlijke» en wettige kinderen nog beter uitkomen. Waar de regering beweert dat de huidige wetgeving het traditionele gezin beoogt te bevorderen, meent de Commissie, hierin gevolgd door het Hof²⁷, dat deze wetgeving het natuurlijk gezin straft zonder dat dit aan het wettig gezin ten goede komt en dat geen enkel doel het strafaspect van deze wetgeving kan rechtvaardigen²⁸.

Zich aansluitend bij deze argumentatie van de Commissie erkent het Hof ondermeer dat het op zichzelf verdienstelijk is de traditionele familie te ondersteunen en aan te moedigen, maar dat daarom geen maatregelen mogen worden aangewend die leiden tot het benadelen van het «natuurlijk» gezin²⁹. Net zoals in de zaak *Tyrer* (25 april 1978) herinnert het Hof er aan dat de Conventie moet worden geïnterpreteerd in het licht van de huidige levensomstandigheden. Bovendien wijst het Hof erop dat, zoals blijkt uit de toelichting die de Belgische regering heeft verstrekt bij het wetsontwerp dat zij op 15 februari 1978 heeft ingediend bij de Senaat, de behandelingsongelijkheid tussen Belgische burgers naargelang hun afstamming al dan niet binnen het huwelijk werd vastgesteld «een flagrante uitzondering» is op het grondbeginsel van de gelijkheid van allen voor de wet en dat «de juristen en de publieke opinie meer en meer overtuigd zijn dat het nodig is een einde te stellen aan de discriminatie ten opzichte van de natuurlijke kinderen»³⁰. Om deze redenen besluit het Hof met elf tegen vier voor wat de moeder betreft en met dertien tegen twee voor wat de dochter betreft dat dienaangaande artikel 14 gecombineerd met artikel 8 geschonden is³¹.

2. De juridische omvang van het gezin van *Alexandra Marckx*

Ook hier meent het Hof met dertien tegen twee dat artikel 14 van de Conventie gecombineerd met artikel 8 geschonden is, zowel in hoofde van de moeder als in hoofde van het

kind. Het Hof meent dat de mogelijke versterking van de vrede van de «wettige» gezinnen door het op gelijke voet juridisch binnentreden van het «natuurlijke» kind in het gezin van de moeder een beroving van de fundamentele rechten van deze laatste niet kan rechtvaardigen³².

3. De patrimoniale rechten ingeroepen door *Paula en Alexandra Marckx*

Na de vaststelling dat artikel 8 ook op de patrimoniale rechten van toepassing was, is het niet verwonderlijk dat het Hof met dertien tegen twee ook op dit punt een schending constateert van artikel 14 van de Conventie gecombineerd met artikel 8 zowel in hoofde van de moeder als in hoofde van de dochter.

De Belgische regering had gepoogd deze vaststelling te bemoeilijken door ervan uit te gaan dat het Hof niet licht zou besluiten dat deze schending van de Conventie in feite zou dateren vanaf 14 juni 1955, datum waarop de Europese Conventie ten opzichte van België in werking is getreden. De regering meende dat het Hof dan maar moest toegeven dat de vereisten van de Conventie sedertdien uitgebreid waren en dat het maar de juiste datum van deze wijziging moest aanduiden. Een dergelijk argument is niet vreemd aan de problematiek waarvoor het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap geplaagd stond in de zaak *Defrenne/Sabena* (Jur. 1976, 481)³³. Het Hof van Straatsburg nu neemt de uitspraak van het Hof van Luxemburg voor zijn rekening waar dit gesteld heeft dat «de praktische gevolgen van een rechterlijke uitspraak weliswaar zorgvuldig moeten worden afgewogen, doch dit moet er niet toe leiden dat de objectiviteit van het recht geweld wordt aangedaan en omwille van de weerslag die een rechterlijke beslissing voor het verleden kan hebben, de toepassing van dat recht in de toekomst in gevaar wordt gebracht».

Verwijzend naar de rechtspraak van het Hof van Luxemburg, meent het Hof van Straatsburg dat het beginsel van de rechtszekerheid de Belgische Staat ervan ontslaat de juridische handelingen en toestanden die de uitspraak van het huidige arrest voorafgaan opnieuw te behandelen³⁴.

Op het gebied van de patrimoniale rechten werd ook nagegaan of er geen schending was van de Conventie door combinatie van artikel 14 met artikel 1 van het eerste Protocol dat het eigendomsrecht waarborgt. Evenals voordien de Commissie, heeft het Hof, met tien tegen vijf, ook daar een schending vastgesteld in hoofde van de moeder, omdat de Belgische wetgeving beperkingen oplegt inzake schenkingen tussen levenden of bij overlijden die enkel gelden voor ongehuwde moeders³⁵. Er is op dit punt geen schending in hoofde van het kind omdat het Hof eensgezind van oordeel is dat artikel 1 van het eerste Protocol zelfs niet van toepassing is op de klachten van het kind.

C. De overige door het Hof onderzochte artikelen van de Conventie

Het Hof heeft verder nog de klachten onderzocht vanuit het oogpunt van de artikelen 1 van het eerste Protocol, 3 en 12 van de Conventie en heeft uitspraak gedaan over de toepasselijkheid van artikel 50 van de Conventie.

1. Het eigendomsrecht van artikel 1 van het eerste Protocol

De Commissie was reeds van oordeel dat artikel 1 van het eerste Protocol niet van toepassing was in hoofde van het kind, omdat dit artikel geen recht waarborgt op het verwerven van goederen door erfopvolging of schenking³⁶. Eensgezind sluit het Hof zich hierbij aan en stelt vast dat de tekst van dit artikel er zich toe beperkt het recht van een ieder op eerbiediging van «zijn» goederen te waarborgen en bijgevolg slechts geldt voor actuele goederen³⁷.

Evenals de Commissie³⁸, is het Hof, met tien tegen vijf, evenwel van oordeel dat dit artikel van toepassing is op de patrimoniale rechten van de moeder, omdat het recht om te beschikken over zijn goederen een fundamenteel traditioneel element uitmaakt van het eigendomsrecht³⁹. Met negen tegen zes oordeelt het Hof dat artikel 1 van het eerste Protocol nochtans niet op zichzelf geschonden is omdat de tweede alinea van dit artikel de wetgever toelaat het eigendomsgebruik in het algemeen belang te reglementeren⁴⁰. Zoals reeds hierboven vermeld, was het Hof echter van oordeel met tien tegen vijf dat de beperking waaraan de ongehuwde moeder onderhevig was ten opzichte van haar «onwettig» kind een discriminatie uitmaakt strijdig met artikel 14 van de Conventie gecombineerd met artikel 1 van het eerste Protocol.

2. De artikelen 3 en 12 van de Conventie

Het Hof is van oordeel dat het betwiste rechtsstelsel ongetwijfeld aspecten vertoont die door de belanghebbenden als vernederend kunnen worden aangevoeld, maar dat het geen «vernederende behandeling» uitmaakt die valt onder artikel 3 van de Conventie⁴¹. Het Hof meent eveneens dat geen enkele juridische hinderpaal wordt opgelegd aan de uitoefening van de vrijheid van de moeder om te huwen of ongehuwd te blijven (artikel 12 van de Conventie)⁴².

3. De toepassing van artikel 50 van de Conventie

Met negen tegen zes meent het Hof dat er geen aanleiding is om aan Paula en Alexandra Marckx een andere billijke genoegdoening te verschaffen dan die welke volgt uit de vaststelling der verschillende schendingen van hun rechten. Een minderheid bestaande uit de rechters Balladore Pallieri, Pedersen, Ganshof van der Meersch, Evrigenis, Pinheiro Farinha en Garcia de Enterría meent echter dat de Belgische wetgeving mevrouw Paula Marckx heeft geraakt in haar gevoeligheid en haar waardigheid als moeder evenals in haar gevoelens van familiale achting. De kwellingen, de onrust en de angsten die zij heeft doorstaan rechtvaardigen huns inziens een persoonlijke genoegdoening in de vorm van een geïndividualiseerde schadevergoeding, die de betrokkenen met uiterste matigheid en met zorg voor waardigheid en terughoudendheid op een symbolische Belgische frank hadden geraamd.

II. Enkele beschouwingen van publiekrechtelijke aard

Het lijkt weinig twijfel dat het arrest *Marckx* een belangrijke plaats zal innemen in de rechtspraak van het Hof van Straatsburg. Zelden immers heeft het Hof een arrest geveld waarvan de consequenties zo vergaand lijken te zijn voor

de verdere evolutie van het stelsel van de Europese Conventie en voor de interne rechtsorde van de verdragspartijen. Zo komen thans verscheidene bepalingen uit het burgerlijk recht, en in het bijzonder uit het personen- en familierecht, in aanmerking voor een onderzoek naar hun conformiteit met de Conventie.

In een belangwekkend artikel⁴³ heeft François Rigaux van de Université Catholique de Louvain reeds op bijzonder kritische wijze het arrest *Marckx* onderzocht en hierbij ondermeer aandacht geschonken aan de meer privaatrechtelijke aspecten van de zaak. Voor wat deze laatste betreft, spreekt F. Rigaux de mening uit dat «La Cour s'est méprise sur les éléments juridiques qui définissent les relations familiales et, notamment, ceux qui en étendent les effets au-delà du rapport institué par la procréation entre la mère et son enfant. Elle a condamné la législation belge sur une information insuffisante du contenu du droit tel qu'il avait été interprété par la jurisprudence et sur une méconnaissance de la portée véritable des discriminations subsistants entre l'enfant légitime et l'enfant naturel»⁴⁴.

Evenals rechter Fitzmaurice die oordeelde dat het Hof op onverantwoorde wijze artikel 8 van de Conventie heeft opgeblazen tot «a whole code of family law»⁴⁵, meent F. Rigaux dat het Hof zijn zending te buiten is gegaan «en prétendant imposer aux Etats contractants l'adoption d'un système précis en matière d'établissement de la filiation maternelle»⁴⁶. Hiermede is het centrale probleem gesteld van de interpretatiemethode die het Hof van Straatsburg aanwendt bij het ontwikkelen van zijn rechtspraak.

De hierna volgende beschouwingen zijn beperkt tot een onderzoek van de interpretatiemethode van het Hof van Straatsburg en de rechtsgevolgen van het arrest *Marckx* voor de Belgische rechtsorde.

A. De interpretatiemethode van het Hof van Straatsburg

De problemen gesteld door de door het Europees Hof van de rechten van de mens aangewende interpretatiemethode zijn praktisch zo oud als de rechtspraak van het Hof zelf, maar het is slechts geleidelijk dat dit tot de rechtswereld doordringt. In het Hof werd deze kwestie pas expliciet aan de orde gesteld na de intrede van rechter Gerald Fitzmaurice, gewezen lid van het Internationaal Gerechtshof van Den Haag⁴⁷.

1. Een «gezonde» interpretatiemethode volgens rechter Fitzmaurice

Het is aangewezen een onderscheid te maken tussen de juridische uitgangspunten waarop een «gezonde» interpretatiemethode volgens rechter Fitzmaurice dient te steunen en de toepassing die hij daaraan gegeven heeft in de arresten van het Hof van Straatsburg bij het bekendmaken van een afwijkende mening.

a. De uitgangspunten voor een «gezonde» interpretatiemethode

Reeds in de eerste zaak waarin hij zitting had, sprak rechter Fitzmaurice de mening uit dat de interpretatiemethode van het Hof ongezonder was⁴⁸, erop wijzend dat «There is a considerable difference between the case of 'lawgivers' law' edicted in the exercise of sovereign power, and law based on convention, itself the outcome of a process of agreement, and limited to what has been

agreed, or can properly be assumed to have been agreed»⁴⁹.

Rechter Fitzmaurice beschouwt bepaalde aspecten van de rechtspraak van het Hof als «typical of the cry of the judicial legislator all down the ages a cry which, whatever justification it may have on the internal or national plane, has little or none in the domain of the inter-State treaty or convention based on agreement and governed by that essential fact»⁵⁰.

Rechter Fitzmaurice meent immers dat «it is for the States upon whose consent the Convention rests, and from which consent alone it derives its obligatory force, to close the gap or put the defect right by an amendment, - not for a judicial tribunal to substitute itself for the convention-makers, to do their work for them»⁵¹.

In de zaak van het *Belgisch politieyndicaat* verwerpt rechter Fitzmaurice ook het argument als zouden de interpretatieregels van de Europese Conventie aanzienlijk verschillen van die van een verdrag in de traditionele betekenis van het woord, omdat het een «constitutionele» aard zou hebben⁵². Al evenmin aanvaardt rechter Fitzmaurice dat het Hof van Straatsburg een «politiek instrument» zou dienen te zijn⁵³. Men kan zich inderdaad afvragen waarom politieke organen (regeringen) bevoegdheden zouden afstaan aan rechtsprekende organen, wanneer deze zich de bevoegdheid zouden toeëigenen om politieke beslissingen te nemen. In zijn «dissenting opinions» heeft rechter Fitzmaurice herhaalde malen gewaarschuwd voor de veelvuldige gevaren waarmede «wijde» interpretaties van een verdrag als de Europese Conventie van de rechten van de mens gepaard gaan⁵⁴.

Van zijn kant heeft F. Rigaux, die eveneens meent dat het Hof zich plaatst buiten de vereisten van de internationale rechtsorde, er tegen gewaarschuwd dat men vooral niet moet geloven dat de interpretatiemethode van het Hof de vooruitgang van de mensenrechten in Europa beter dient omdat zij avontuurlijker is⁵⁵, want «L'interprétation littérale de la Convention interdit peut-être à la Cour de protéger des droits individuels nouveaux, non prévus en 1950, mais elle garantit de manière plus solide le respect effectif des droits explicitement reconnus»⁵⁶.

Hoewel met de beste bedoelingen beziel, verliezen de voorstanders van «wijde» interpretaties van internationale mensenrechtenconventies te gemakkelijk de voornaamste functie van een internationaal stelsel ter bescherming van mensenrechten uit het oog: het instellen van een subsidair⁵⁷ beschermingsmechanisme voor een minimum standaard waarvan kan worden aangenomen dat elke Staat (desgevallend elke Staat van een betrokken regio) bij machte is de volkenrechtelijke verplichting op zich te nemen om deze te eerbiedigen. Door de draagwijdte van deze rechten buitenmatig uit te breiden, verliezen zij zowel hun fundamenteel als hun universeel karakter, waardoor *ipso facto* het begrip «grondrechten» zijn bruikbaarheid en zijn kracht verliest. Niet aan een internationaal rechtscollege, maar aan de nationale wetgever (en subsidiair de internationale werkgever)⁵⁸ komt het toe de rechtsbescherming die aan de rechtsonderhorigen geboden wordt verder uit te bouwen. De eigen rol van een internationale rechtsinstantie bestaat erin onverstoord toezicht uit te oefenen op de kern van grondrechten die aan hun bevoegdheid onderworpen zijn.

b. De toepassing van deze interpretatiemethode door rechter Fitzmaurice

Het erkennen van de gegrondheid van hogervermelde juridische uitgangspunten hoeft niet noodzakelijk een instemming te impliceren met de toepassing die rechter Fitzmaurice daaraan heeft gegeven in de zaken waarin hij een afwijkende mening bekend heeft gemaakt. Uiteindelijk is elke interpretatie steeds het resultaat van een menselijk oordeel en in laatste instantie behoudt de rechter een zekere beoordelingsvrijheid, waarover meningsverschillen steeds mogelijk zijn. Wat hier echter de kern van de betwisting vormt is niet één of andere schakering in de appreciatie van de feiten dan wel de juridische beginselen waarop de interpretatiemethode van het Hof steunt.

Weinigen zullen vermoedelijk geneigd zijn de conclusies van rechter Fitzmaurice te onderschrijven in de zaken *Ierland* en *Tyrer*, en zelfs in de zaak *Golder* lijkt de beslissing van het Hof niet op grote bezwaren te sluiten, omdat de conclusies waartoe het Hof in deze zaken gekomen is niet absoluut onverenigbaar zijn met hogervermelde juridische uitgangspunten. Daarentegen heeft de interpretatie van het Hof in de zaak van het *Belgisch politieyndicaat* (en vooral de interpretatie van de Commissie⁵⁹ en in de zaak *Marckx* (meer nog dan de interpretatie van de Commissie) tot resultaten geleid die onverzoenbaar lijken met wat rechter Fitzmaurice een «gezonde» interpretatiemethode noemt.

2. Een appreciatie van deze «gezonde» interpretatiemethode

Het verschil in beoordeling van deze twee soorten zaken ligt in het feit dat er in de eerste een ruime interpretatie gegeven werd van rechten zonder evenwel hun klassiek vrijheidskarakter aan te tasten, terwijl de interpretatie in de zaak van het *Belgisch politieyndicaat* en in de zaak *Marckx*, evenals vroeger in de *Belgische taalzaak*, voor gevolg had dat een klassiek vrijheidsrecht omgevormd werd tot een sociaal recht dat van de Staat een actieve tussenkomst vereist. Met betrekking tot de *Belgische taalzaak*⁶⁰ en de zaak van het *Belgisch politieyndicaat*⁶¹ hebben wij reeds vroeger op het bedenkelijke van een dergelijke interpretatie gewezen. Het is opmerkenswaardig dat nu ook F. Rigaux in de zaak *Marckx* meent dat de bepalingen van de Europese Conventie subjectieve rechten voor de rechtsonderhorigen kunnen scheppen in zover zij een negatieve draagwijdte hebben, maar niet als aan deze bepalingen een positieve interpretatie wordt gegeven⁶².

a. Strikte interpretatie van de bevoegdheid van het Hof

De omvorming van klassieke vrijheidsrechten, die essentieel negatieve verplichtingen opleggen (een onthoudingsplicht), tot sociale rechten, die een positieve tussenkomst van de Staat vereisen, is inderdaad moeilijk langs interpretatieve weg te verantwoorden⁶³. Behalve in de mate dat de tekst van de Europese Conventie aanwijzingen inhoudt waaruit kan worden besloten dat de verdragspartijen voor een bepaald recht bereid waren ook positieve verplichtingen aan het toezichtsmechanisme van de Conventie te onderwerpen, is elke interpretatie die de negatieve inhoud van een gewaarborgd recht omvormt tot een positieve verplichting zeer betwistbaar. Zulk een interpretatie

komt er immers op neer de bevoegdheid van het Hof op een aanzienlijke — en door de verdragspartijen ongetwijfeld ongewilde wijze — te verruimen. Een bevoegdheidsverruimende interpretatie vindt nochtans in het volkenrecht geen steun⁶⁴.

Zoals vooral uit het arrest *Marckx* duidelijk blijkt, is de interpretatiemethode van het Hof van Straatsburg sterk beïnvloed door die van het Europees Hof van Justitie te Luxemburg. Er is nochtans een fundamenteel verschil tussen deze twee Europese rechtsinstanties. Ook F. Rigaux wijst hierop⁶⁵.

In de eerste plaats zijn de Lid-Staten van de E.E.G. verplicht onderworpen aan de rechtsmacht van het Hof van Luxemburg, terwijl de Verdragspartijen bij de Europese Conventie slechts onderworpen zijn aan de rechtsmacht van het Hof van Straatsburg, wanneer zij daartoe een herroepbare facultatieve verklaring hebben afgelegd. Bovendien is het Hof van Luxemburg ertoe gemachtigd een beroep te doen op de algemene beginselen die gemeen zijn aan de rechtsstelsels van de Lid-Staten, terwijl de bevoegdheid van het Hof van Straatsburg beperkt is tot de interpretatie en de toepassing van de Europese Conventie⁶⁶. Bijgevolg staat het Hof van Straatsburg heel wat dichter bij een klassiek volkenrechtelijke rechtsinstantie dan het Hof van Luxemburg⁶⁷. Het Europees Hof van de rechten van de mens dient dan ook meer dan het Europees Hof van Justitie rekening te houden met de klassieke volkenrechtelijke interpretatieregels⁶⁸. Het Hof van Straatsburg beweert wel deze regels toe te passen⁶⁹, maar het geeft aan de woorden «voorwerp en doel van het verdrag» een belang en een betekenis die niet steeds verzoenbaar zijn met wat daaraan in het volkenrecht wordt toegeschreven.

In belangwekkende beschouwingen⁷⁰ gewijd aan de betwisting nopens de interpretatiemethode van het Hof van Straatsburg naar aanleiding van enkele «dissenting opinions» van rechter Fitzmaurice, drukt Marcus Helmons de mening uit dat de verdragspartijen bij de Europese Conventie een stelsel *sui generis* hebben opgericht dat boven het klassieke volkenrecht uitstijgt en vergelijkbaar is met het Europees gemeenschaprecht⁷¹. Met inachtneming van de tegenover dit laatste bovenvermeld voorbehoud, moet erop gewezen worden dat deze auteur niettemin oordeelt dat ook in dit geval grote voorzichtigheid geboden is wanneer tot een doelgerichte interpretatie wordt overgegaan. Het zou echter getuigen van een ingesteldheid die eerder politiek⁷² dan juridisch dient te worden gekwalificeerd, indien zou worden aanvaard dat de grenzen van een dergelijke interpretatie mede bepaald worden door het al of niet tot uiting komen van weerstanden hiertegen bij de verdragspartijen⁷³. Weerstanden of geen weerstanden, wat binnen de Conventie valt enerzijds, dient volledig effect te ressorteren, en voor wat er volgens een «gezonde» interpretatiemethode buiten valt anderzijds, blijft het Hof onbevoegd.

b. Ruime interpretatie van de draagwijdte van de vrijheidsrechten

Dit wil nochtans niet zeggen dat de Conventie steeds strikt dient te worden geïnterpreteerd⁷⁴. Zolang het gaat om klassieke vrijheidsrechten kan worden volgehouden dat de Conventie essentieel declaratief van aard is, zodat de rechter een gemis aan nauwkeurigheid van sommige dezer rechten op pretoriaanse wijze mag verhelpen⁷⁵. Er mag

worden aangenomen dat de verdragspartijen zich tot doel hebben gesteld de klassieke vrijheidsrechten te waarborgen en dat één of andere ogenschijnlijke uitsluiting door de tekst van de Conventie van een aspect van een dergelijk recht niet noodzakelijk hoeft te betekenen dat de verdragspartijen dit aspect niet wilden waarborgen⁷⁶. Er is dus niet de minste tegenstrijdigheid in het voorstaan van een strikte interpretatie van de bevoegdheid van het Hof en een ruime interpretatie van de draagwijdte van de in de Conventie gewaarborgde rechten⁷⁷. De grenzen van deze laatste interpretatie worden echter bepaald door het criterium van het al of niet omvormen van een klassiek vrijheidsrecht tot een sociaal recht, waarbij het in laatste instantie aan het Hof van Straatsburg toekomt om uit te maken waar deze grenzen liggen⁷⁸.

Bovendien moet bij de interpretatie van de begrippen van de Conventie rekening worden gehouden met de hedendaagse levensomstandigheden⁷⁹. Zo is het perfect mogelijk dat een bepaalde behandeling in 1950 niet, maar in 1979 wel, als een «vernederende behandeling» of een «discriminatie» beschouwd wordt en dus in 1950 niet, maar in 1979 wel, een schending van de Conventie uitmaakt. Zeker, de interpretatie van het Hof zou moeilijk te verdedigen vallen, indien deze noodzakelijkerwijze zou impliceren dat artikel 8 van de Conventie in 1950 niet toepasselijk was, maar dit wel zou geworden zijn in 1979 (datum van de uitspraak) of eerder in 1973 (datum van de geboorte van Alexandra Marckx). Anders is de toestand als blijkt dat kan worden aangenomen dat de bestreden wetgeving in 1950 (datum van het aannemen van de Conventie) of in 1955 (datum van het in kracht worden van de Conventie t.o.v. België) niet, maar — met inachtneming van de gewijzigde levensomstandigheden en maatschappijopvattingen — in 1979 wel als een schending van het gezinsleven (en het discriminatieverbod⁸⁰ moet worden beschouwd⁸¹.

De moeilijkheden⁸² i.v.m. het tijdstip waarop de interpretatie van het Hof toepasselijk moet worden geacht (1950 ?, 1955 ?, 1973 ?, 1979 ?) lijken wel overdreven te worden. Voortgaande op de uitspraak van het Hof ter zake (met de verwijzing naar het arrest *Defrenne*) kan worden gesteld dat de interpretatie van het Hof gezaghebbend is voor alle zaken die door de bevoegde rechtsinstanties in de interne rechtsorde nog niet definitief beslist zijn, maar dat de in kracht van gewijsde gegane beslissingen niet opnieuw dienen geopend te worden. Maar eerst moet nog worden nagegaan wat de rechtsgevolgen zijn van het arrest *Marckx* in de Belgische rechtsorde.

B. De rechtsgevolgen van het arrest *Marckx*.

Wat men ook moge denken over de interpretatie van het Hof, er moet worden nagegaan wat de juridische gevolgen zijn van dit arrest voor België. Op het volkenrechtelijk vlak is de toestand zeer duidelijk. De verdragspartijen hebben er zich in artikel 53 van de Conventie toe verbonden «zich te houden aan de beslissingen van het Hof in de geschillen waarbij zij partij zijn». De Belgische Staat heeft dan ook de volkenrechtelijke verplichting zich te schikken naar de uitspraak van het Hof. Aangezien hier in feite de strijdigheid van een aantal Belgische wetsbepalingen met de Europese Conventie vastgesteld werd, rust thans op de Belgische wetgever de verplichting deze wetsbepalingen ten spoedigste te vervangen door een wetgeving die niet strijdig is met de Europese Conventie. In afwachting van deze nieuwe

wetgeving rijst echter de vraag naar de mate waarin de Belgische rechter rekening moet houden met dit arrest. Hiervoor is het nodig even uit te wijden over het beginsel van de «directe werking», waarna dient nagegaan te worden of het arrest *Marckx* zelf rechtstreekse gevolg met zich kan meebrengen in de Belgische rechtsorde.

1. Het beginsel van de directe werking

Het komt er op aan te onderzoeken welk gezag voor de interne rechtsorde aan de arresten van Straatsburg kan worden toegekend en welk belang hierbij moet worden gehecht aan de gemeenschappelijke wil van de verdragspartijen.

a. Het gezag van de arresten van Straatsburg

Strikt genomen is de uitspraak van het Hof van Straatsburg, zoals dit ook het geval is voor de uitspraken van de hoogste Belgische rechtsinstantie, alleen bindend in de zaak waarin het Hof uitspraak heeft gedaan. Dit neemt echter niet weg dat, evenals dit het geval is voor de arresten van het Hof van Cassatie, aangenomen kan worden dat de Belgische rechter, wanneer hij geroepen wordt om de Conventie toe te passen, zich zal laten beïnvloeden door de interpretatie die het meest bevoegde orgaan daaraan gegeven heeft⁸³. De rechter, die zou verder gaan een wet toe te passen die door het Hof van Straatsburg strijdig werd verklaard met de Europese Conventie, brengt niet alleen de internationale verantwoordelijkheid van de Belgische Staat in het gedrang (die aldus quasi zeker een nieuwe veroordeling door het Hof van Straatsburg zou oplopen), maar hij zou bovendien een onjuiste toepassing geven aan het Belgisch recht.

De Conventie is immers in de Belgische rechtsorde opgenomen⁸⁴ en er kan moeilijk worden aangenomen dat de Belgische rechter zijn eigen interpretatie van de Conventie gezaghebbender zou beschouwen dan die welke het Hof in gelijkaardige gevallen heeft aangenomen. Het is al evenmin aanvaardbaar dat een bepaalde interpretatie van een bepaling van de Conventie in de nationale rechtsorde geldig zou zijn en een door het Hof van Straatsburg aangenomen andere interpretatie alleen maar voor de internationale rechtsorde zou gelden. In beginsel moet dus worden gesteld dat van de Belgische rechtsinstanties⁸⁵ verwacht moet worden dat zij de aangevochten bepalingen van de Belgische wetgeving niet meer zullen toepassen, in de mate dat zij met de Europese Conventie strijdig werden geacht. Dit standpunt wordt principieel juist vertolkt door F. Rigaux: «Si l'article 8 est, avec l'interprétation qu'il vient de recevoir de la Cour, directement applicable en Belgique, il évince la législation nationale avec laquelle il est incompatible. Cela signifie que les tribunaux devraient aussitôt refuser d'appliquer toutes les dispositions du Code civil dont il serait démontré qu'elles contredisent le droit au respect de la vie familiale tel qu'il a été interprété par la Cour»⁸⁶.

b. Het belang van de gemeenschappelijke wilsuiting van de verdragspartijen

Voorbehoud dient echter gemaakt te worden waar F. Rigaux⁸⁷ meent dat de directe werking haar oorsprong vindt in de gemeenschappelijke wil van de verdragspartijen. Blijkbaar⁸⁸ wordt de indruk dat de «gemeenschappelijke wilsuiting» van de verdragspartijen de

basis vormt voor het «*self-executing*»-karakter van verdragsbepalingen verwekt door het advies uitgebracht door het Permanente Hof van Internationale Justitie in de zaak van de *bevoegdheid van de rechtbanken van Dantzig*⁸⁹ en door de rechtspraak van het Hof van Luxemburg inzake de directe werking van het Europees gemeenschapsrecht⁹⁰. Evenmin echter als dat de directe werking van het Europees gemeenschapsrecht niet verantwoord wordt door de bijzondere aard van dit recht in de internationale rechtsorde⁹¹, waar de directe werking onbestaand of onbekend zou zijn⁹², mag nochtans niet worden verondersteld dat deze bijzondere gevallen, waarin aangenomen kan worden dat de verdragspartijen de gemeenschappelijke wil hadden om directe werking aan dit verdrag toe te kennen, de algemene regel zijn in het volkenrecht.

In het algemeen beperkt het volkenrecht er zich toe te stellen dat de verdragen moeten worden uitgevoerd, terwijl de verdragspartijen vrij blijven in de keuze van het middel waardoor zij het verdrag zullen uitvoeren⁹³. Alleen is het evident dat de automatische incorporatie van volkenrechtelijke regels in het interne recht het middel is dat het meest waarborgen biedt voor de uitvoering van de volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat. Gezien de grote verscheidenheid in grondwettelijke stelsels betreffende de receptie van het internationaal recht in het intern recht, wordt derhalve meestal in een verdrag, noch impliciet, noch expliciet, de verplichting opgelegd directe werking aan de bepaling ervan toe te kennen, evenmin deze mogelijkheid uitgesloten. Ook in het Amerikaanse grondwettelijk recht, waar het begrip «*self-executing*» ontstaan is, wordt er in de recente rechtsleer op gewezen dat het in het nationaal recht van de betrokken Staat is dat uitgemaakt moet worden of een verdragsbepaling «*self-executing*» kan zijn⁹⁴. Dat de bedoeling van de partijen hierbij doorslaggevend zou zijn kan dus worden betwijfeld⁹⁵ omdat deze meestal dienaangaande geen gemeenschappelijke bedoeling hadden, zodat de directe werking in de meeste gevallen door het volkenrecht noch verplicht, noch uitgesloten wordt.

Voor wat de Europese Conventie betreft zou de nadruk op de «gemeenschappelijke wilsuiting» van de verdragspartijen op dit punt betekenen dat de directe werking van de bepalingen ervan afhankelijk zou zijn van het feit of de auteurs van de Conventie dit al of niet hebben gewild. Ook het Hof heeft deze indruk verwekt in de zaak *Terland*⁹⁶ waar het een dergelijke gevolgtrekking heeft menen te kunnen trekken uit de wordingsgeschiedenis. Nochtans moet worden vastgesteld dat de status van de Conventie in de nationale rechtsorde van de verschillende verdragspartijen zeer verscheiden is⁹⁷. Indien de gemeenschappelijke wil van de partijen doorslaggevend zou zijn, zou dit impliceren dat ofwel de verdragspartijen die geen directe werking toekennen aan de bepalingen van de Conventie hierdoor een volkenrechtelijke verplichting zouden schenden, ofwel dat de verdragspartijen die dit wel doen een verkeerde interpretatie zou geven aan de Conventie. Geen van beide alternatieven van dit dilemma moet worden verkozen, indien aangenomen wordt dat voor de verdragen, waarin de verdragspartijen de directe werking niet tot voorwerp van een verdragsverplichting hebben gemaakt, het aan de rechter toekomt om, voor zover zijn grondwettelijk stelsel hem dit niet verhindert, uit te maken of de bepalingen van een verdrag voldoende duidelijk en volledig geformuleerd zijn om de directe werking ervan mogelijk te maken.

2. De «directe werking» van het arrest Marckx

Voor wat nu meer in het bijzonder de gevolgen betreft van het arrest *Marckx* in de Belgische rechtsorde, rijst het probleem van de bevoegdheid van het Hof alsmede dit van mogelijke directe werking t.a.v. positieve maatregelen.

a. De directe werking en de bevoegdheid van het Hof

Uit het feit dat het Hof het nodig heeft geacht te verduidelijken dat «het beginsel van de rechtszekerheid, ...», er de Belgische Staat van ontslaat de juridische handelingen en toestanden voorafgaand aan de uitspraak van het huidige arrest opnieuw te behandelen⁹⁸ blijkt impliciet dat het Hof zelf ervan uitgaat dat de in het arrest aangegeven interpretatie vanaf de uitspraak ervan gezaghebbend is voor de interpretatie die in de Belgische rechtsorde aan gelijkaardige gevallen dient te worden gegeven. Er mag wel worden beweerd dat het Hof zich daarover niet had moeten uitspreken⁹⁹, maar anderzijds kan van het Hof toch moeilijk worden verwacht dat het van oordeel zou zijn dat in een Staat, waarvan het overigens bekend is dat de rechtsinstanties de rechtstreekse werking van verscheidene bepalingen van de Conventie erkennen¹⁰⁰, de bevoegde nationale rechtsinstanties de door het Hof aangenomen interpretatie naast zich zouden leggen.

F. Rigaux maakt echter een onderscheid tussen de bepalingen van de Conventie zoals zij enerzijds door de verdragspartijen werden omschreven, en zoals zij anderzijds door het Hof werden geïnterpreteerd¹⁰¹. F. Rigaux aanvaardt immers de directe werking van artikel 8 in de enge betekenis, waarvan hij aanneemt dat deze overeenstemt met wat de verdragspartijen meenden aanvaard te hebben, maar niet van artikel 8 in de ruime betekenis die het Hof eraan heeft toegeschreven.

In de mate dat het er de schijn van weg heeft dat F. Rigaux meent dat deze laatste interpretatie geen directe werking kan hebben, mede omdat deze de verdragsverplichtingen van de Staat te buiten gaat, moet worden vastgesteld dat dit zou neerkomen op de beschuldiging dat het Hof zijn bevoegdheid zou zijn te buiten gegaan. Gezien de zwaarte van een dergelijke beschuldiging gebiedt de voorzichtigheid dit over te laten aan de organen die in België bevoegd zijn voor de internationale betrekkingen van het land, waarbij in de eerste plaats gedacht wordt aan de minister van Buitenlandse Zaken, die in dit geval de politieke verantwoordelijkheid tegenover het Parlement en de internationale verantwoordelijkheid tegenover de andere verdragspartijen op zich zou moeten nemen. In afwezigheid van een desbetreffende stellingname, waarvan de politieke en internationale gevolgen moeilijk zouden te overzien zijn, kan bezwaarlijk worden aangenomen dat een nationale rechter zich een dergelijk besluit zou veroorloven en op deze basis de directe werking aan een bepaling van de Europese Conventie zoals door het Hof geïnterpreteerd zou ontkennen. Welke terughoudendheid men ook moge voelen t.o.v. de door het Hof aangenomen interpretatie, het blijft aangewezen dat de nationale rechter ervan uitgaat dat het Hof binnen zijn bevoegdheid is gebleven en dat het Hof de juridisch meest gezaghebbende interpretatie heeft gegeven van de internationale verplichtingen die de Belgische Staat op zich heeft genomen door partij te worden bij de Europese Conventie.

Het is één zaak zich af te vragen of het Hof soms geen interpretatiemethode aankleeft die er zou kunnen toe leiden dat het zijn bevoegdheid zou te buiten gaan; het is een andere zaak te beweren dat in een bepaalde zaak geen rechtsgevolgen moeten worden toegekend aan de door het Hof aangenomen interpretatie omdat het Hof effectief zijn bevoegdheid is te buiten gegaan. Zodoende zou men uiteraard het risico lopen het gehele stelsel van de internationale bescherming van de mensenrechten — en in het bijzonder het stelsel van de Europese Conventie, waarop onze westerse landen en juristen terecht trots zijn — op de helling te zetten.

Blijkbaar is F. Rigaux onder de indruk van wat hij de «schrikwekkende gevolgen»¹⁰² noemt van dit arrest. Het is zeker dat dit arrest een «warboel»¹⁰³ en «verwarring»¹⁰⁴ zou veroorzaken, indien de Belgische wetgever niet spoedig zou overgaan tot het aannemen van een wetgeving die niet strijdig zal worden geacht met de Europese Conventie. De verantwoordelijkheid voor deze «warboel» en deze «verwarring» zou echter niet zozeer liggen bij het Europees Hof, maar bij de Belgische wetgever die zou nalaten zijn internationale verplichtingen, waarvan de draagwijdte door het Hof verduidelijkt werd, na te komen. België gaat er steeds prat op zijn internationale verplichtingen na te komen en het zou dan ook onvoorstelbaar zijn dat het dit nu, des te meer daar het mensenrechten betreft, niet zou doen.

b. De directe werking en positieve maatregelen

F. Rigaux meent echter vooral dat artikel 8 van de Europese Conventie, zoals het door het Hof geïnterpreteerd werd in het arrest *Marckx*, geen directe werking kan hebben, omdat het aldus onvoldoende nauwkeurig omschreven zou zijn. Het is juist dat, zelfs wanneer de traditionele voorwaarden¹⁰⁵ betreffende de geldigheid van het betrokken verdrag in de internationale en in de nationale rechtsorde vervuld zijn, een bepaling van een dergelijk verdrag slechts directe werking kan hebben, wanneer de draagwijdte ervan voldoende duidelijk en volledig omschreven is. Dit wil eenvoudig zeggen dat er geen sprake kan zijn van directe werking, wanneer de formulering van de betrokken bepaling op zichzelf niet volstaat om de rechter in de mogelijkheid te stellen deze zonder verdere verduidelijkingen of aanvullingen toe te passen.

In de mate dat de interpretatie van het Hof voor bepaalde aspecten van de eerbiediging van het gezinsleven positieve maatregelen vereist van de Belgische Staat, is een beroep op artikel 8 inderdaad niet voldoende opdat de rechter, in afwezigheid van de door het Hof vereiste — maar niet gepreciseerde — positieve maatregelen, deze zelf zou kunnen uitvaardigen. Kritiek op het feit dat de interpretatie van het Hof artikel 8 eveneens van toepassing acht op de positieve maatregelen die de Staat treft ter eerbiediging van het gezinsleven, kan echter niet elke directe werking van artikel 8 zoals geïnterpreteerd door het Hof onzeggen. Het Hof heeft namelijk vastgesteld dat artikel 8 ook van toepassing is op de bestaande positieve maatregelen, waarvan nagegaan moet worden of zij de verplichting tot eerbiediging van het gezinsleven niet schenden. Indien dit het geval zou zijn, is de rechter ertoe gehouden de positieve maatregelen die een schending uitmaken van de Conventie niet toe te passen.

Bovendien moet rekening gehouden worden met de directe werking van artikel 14 van de Conventie (het discriminatieverbod). Eens vastgesteld dat zekere positieve maatregelen onder de toepassing van artikel 8 (of artikel 1 van het eerste Protocol) vallen, is ook artikel 14 daarop van toepassing¹⁰⁶. En de nationale rechter heeft zeker geen verdere verduidelijkingen of aanvullingen nodig om artikel 14 toe te passen, zoals ook het Hof van Straatsburg het heeft gedaan, en om bijgevolg aan het «natuurlijk» kind dezelfde rechten toe te kennen als in de Belgische wetgeving voorzien wordt voor de wettige kinderen. Wanneer er geen positieve maatregelen zijn getroffen door de Staat kan de rechter daaraan niet verhelpen, ook niet met een beroep op de Europese Conventie zoals door het Hof geïnterpreteerd. Voor zover echter de Belgische Staat positieve maatregelen heeft getroffen, zijn artikel 8 (en desgevallend artikel 1 van het eerste Protocol) en artikel 14 daarop van toepassing¹⁰⁷ en moet de rechter de toepassing van deze positieve maatregelen opzijzetten in de mate dat deze toepassing een schending van de Conventie zou betekenen.

Besluit

Het arrest *Marckx* heeft ongetwijfeld de verdienste nog eens treffend de aandacht van de praktijkjuristen te vestigen op de dikwijls onvermoede mogelijkheden die de Conventie hun kan bieden. Al te vaak verzuimen de advocaten de Conventie in te roepen¹⁰⁸ voor de nationale rechter en zich, na het uitputten van de nationale rechtsmiddelen, te wenden tot de Europese Commissie voor de rechten van de mens. Er bestaat uiteraard geen enkele waarborg dat een beroep op de Conventie, en desgevallend op de toezichtsorganen van Straatsburg, tot de gewenste resultaten zal leiden, maar het spreekt vanzelf dat hoe meer daarop een beroep wordt gedaan, hoe meer uiteindelijk het Hof van Straatsburg de gelegenheid zal krijgen om de bepalingen van de Conventie in hun toepassing op concrete gevallen verder te verduidelijken. Met de interpretatiemethode van het Hof kunnen daarbij voor de raadslieden van individuele verzoekers nog aangename verrassingen worden verwacht.

Het arrest *Marckx* is een typisch — maar geenszins nieuw — exponent van de ruime interpretatiemethode die het Hof voorstaat. Reeds vanaf de derde zaak waarin het Hof uitspraak heeft gedaan (de *Belgische taalzaak* van 1968) komt deze ruime interpretatiemethode tot uiting, maar tot nu toe is hierop weinig kritiek losgekomen. Het is pas wanneer men zich rekenschap zal geven van de consequenties van deze interpretatiemethode dat meer reacties mogen worden verwacht.

Naast de vele door rechter Fitzmaurice aangehaalde¹⁰⁹ gevaren van deze interpretatiemethode moet echter ook op het eventuele gevaar worden gewezen dat het Hof, onder invloed van kritiek op zijn bevoegdheidsverruimende interpretatie, met minder kracht en vastberadenheid de strikte naleving van de rechten en vrijheden zou gaan sanctioneren, zulks terwijl het onbetwistbaar bevoegd werd gemaakt om daarop toe te zien. Daarom komt het wenselijk voor dat het Hof, vooraleer de grond van een zaak te onderzoeken, de grenzen van zijn bevoegdheid zorgvuldig zou aanduiden. Het Hof is immers een rechtsinstantie die moet waken op het naleven van aangegane verbintenissen, en geen Commissie die beoogt de verdere bescherming van

de mensenrechten te bevorderen of aan te moedigen. De Europese Conventie is geen resolutie en de arresten van het Hof zijn geen aanbevelingen. De grote vooruitgang van het stelsel van Straatsburg bestaat er juist in juridisch bindende verplichtingen tot stand te brengen en juridisch bindende gerechtelijke uitspraken mogelijk te maken.

De Belgische verdediging stond zeker voor een moeilijke taak. Uit de regeringsontwerpen tot wijziging van de aangevochten wetgeving bleek immers duidelijk dat ook de Belgische regering de overtuiging was toegedaan dat deze wetgeving verouderd en voorbijgestreefd was. Maar wellicht werd van de zijde van de Belgische regering uit het oog verloren dat het er niet zozeer op aankwam deze wetgeving te verdedigen, dan wel aan te tonen dat de bepalingen van de Europese Conventie hierop niet noodzakelijk van toepassing moesten worden geacht. Het probleem van de grenzen van de bevoegdheid van het Hof werd door de Belgische verdediging onvoldoende op de voorgrond geplaatst.

Behalve vanuit het oogpunt van de rechtsleer, kan echter de vraag worden gesteld of het niet beter ware geweest dat België zou hebben voorkomen dat het tot een uitspraak van het Hof kwam in de zaak *Marckx*. Vermoedelijk heeft de Belgische regering de mogelijke consequenties van het arrest onderschat. Anders kan niet worden begrepen waarom de regering niet met meer aandrang een hogere prioriteit gevraagd heeft voor de behandeling van het wetsontwerp tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming en adoptie. Er waren vermoedelijk nochtans ernstige kansen dat de zaak *Marckx*, zoals destijds de zaak *De Becker*¹¹⁰ van de rol afgevoerd zou zijn geworden, indien het Parlement tijdig een bevredigende nieuwe wetgeving zou hebben aangenomen. Door de verduidelijkingen die het arrest heeft gebracht inzake de draagwijdte van de toepasselijk geachte bepalingen van de Conventie is de vrijheid van de wetgever in feite nu nog beperkter dan vóór het arrest. Zoals de traagheid van de gerechtelijke procedures de mensenrechten kan schenden¹¹¹ kan dit ook het geval zijn voor parlementaire traagheid of nalatigheid.

Pacta sunt servanda. Verdragen zijn er om nageleefd te worden. Het miskennen van deze fundamentele rechtsregel zou de grondslagen van de Rechtsstaat zelf ondermijnen. Vooraleer de Koning tot ratificatie overgaat van verdragen «die de Staat zouden kunnen bezwaren of Belgen persoonlijk zouden kunnen binden» wordt de instemming van de Kamers ingewonnen¹¹². Eens de Staat partij is geworden bij het verdrag zijn echter zowel de wetgevende als de uitvoerende en de rechterlijke macht gebonden door de bepalingen van het verdrag. Wanneer bovendien een bevoegd gemaakte internationale rechtsinstantie in een arrest een interpretatie heeft gegeven van de verdragsbepalingen is deze interpretatie in feite eveneens bindend voor de Staat¹¹³.

Bovendien moet een minimalistische houding ten overstaan van de directe werking worden verworpen. De directe werking is immers het middel waardoor de nationale rechter in de gelegenheid wordt gesteld om schendingen van de volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat te voorkomen. Het beperken (laat staan het ontkennen) van de directe werking komt er op neer de nationale rechter te verplichten bewust en met kennis van zaken volkenrechtelijke verplichtingen waartoe de Staat zich vrij verbonden heeft te overtreden. Nog meer verwerpelijk zou het aannemen zijn van een wetgeving die strijdig zou blijven met de

Europese Conventie. Uit het *Ski-arrest*¹¹⁴ volgt duidelijk dat de nationale rechtsinstanties een dergelijke wetgeving zelfs niet hoeven toe te passen. Trouwens, zoals gesteld in de conclusies van procureur-generaal Ganshof van der Meersch¹¹⁵, wanneer een Staat zou oordelen dat de verplichtingen die hij heeft aangegaan te zwaar beginnen te wegen, moet niet worden overgegaan tot het aannemen van een hiermede strijdige wetgeving, maar moet eerst een einde worden gesteld aan de volkenrechtelijke verplichtingen. Voor de Europese Conventie zou dit — *horesco referens*¹¹⁶ — het opzeggen van de Conventie betekenen met een opzeggingstermijn van zes maanden¹¹⁷. Het spreekt vanzelf dat in België geen zinnig mens aan deze mogelijkheid denkt, maar het is daarom niet overbodig de juridische beginselen ter zake scherp te stellen.

Hiermede is het in elk geval duidelijk dat er aan de wetgever niets anders overblijft dan spoedig een wetgeving inzake afstamming en adoptie aan te nemen die niet strijdig geacht kan worden met de bepalingen van de Europese Conventie zoals deze geïnterpreteerd werden door het Hof van Straatsburg in het arrest *Marckx*. Zowel de rechtszekerheid in België als het aanzien van België, als land dat zijn internationale verplichtingen inzake mensenrechten nakomt, zouden in het gedrang worden gebracht indien de Kamers de bespreking van het door de minister van Justitie ter zake ingediende wetsontwerp zouden laten aanslepen.

Prof. Marc BOSSUYT
Universiteit Antwerpen (UIA)

* De authentieke Franse tekst van het arrest met de afwijkende meningen in de oorspronkelijke taal, is in *Rev. trim. dr. fam.*, 1979, 227-268 opgenomen. Het gedeelte van het arrest over het recht, uit een officieuze Nederlandse vertaling van Marc Bossuyt en Moni Van Look, luidt als volgt :

... In rechte

I. Aangaande het preliminaire middel van de Regering

25. Volgens de verzoeksters schendt de toepassing van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de buiten het huwelijk geboren kinderen en de ongehuwde moeders in hunne hoofde de artikelen 3, 8, 12 en 14 van de Conventie alsook artikel 1 van het Protocol nr. 1.

26. De Regering werpt vooreerst zoniet een exceptie van onbevoegdheid of van niet ontvankelijkheid dan toch een preliminaire middel tegen : volgens haar zijn de gestelde problemen essentieel van theoretische aard. Bijvoorbeeld, het kind Alexandra Marckx zou niet hebben geleden doordat de vaststelling van haar moederlijke afstamming niet plaats vond vanaf haar geboorte (16 oktober 1973) maar slechts dertien dagen later, op het ogenblik van haar erkenning, want op dit tijdstip was zij zich niet bewust van de omstandigheden van haar geboorte. Ook zou haar moeder Paula Marckx op eigen initiatief hebben gehandeld en niet onder dwang toen zij haar kind erkende (29 oktober 1973) en daarna adopteerde (30 oktober 1974). Bovendien zou niets aantonen dat de moeder in de periode van één jaar en één dag tussen deze twee data de wens heeft gehad een testament te maken of over te gaan tot een schenking ten voordele van haar dochter buiten de door artikel 908 van het Burgerlijk Wetboek bepaalde grenzen. De voor de adoptie uitgegeven kosten hadden in zeer grote mate kunnen worden vermeden. Ten slotte, Alexandra zou zich sinds 30 oktober 1974 ten opzichte van haar moeder in dezelfde toestand bevinden als een «wettig» kind. Kortom, de belanghebbenden zouden vergeten dat het Hof geen uitspraak behoort te doen *in abstracto* over de verenigbaarheid van sommige rechtsregels met de Conventie (arrest Golder van 21 februari 1975, serie A nr. 18, blz. 19, § 39).

De Commissie antwoordt dat zij de gelaakte wetgeving niet *in abstracto* heeft onderzocht, aangezien de verzoekers zich baseren

op nauwkeurige en concrete feiten.

27. Het Hof onderschrijft de thesis van de Regering niet. Artikel 25 van de Conventie verklaart de particulieren bevoegd staande te houden dat een wet bij afwezigheid van individuele executiehandelingen op zichzelf hun rechten schendt, indien zij het risico lopen rechtstreeks de gevolgen ervan te ondergaan (cf., *mutatis mutandis*, arrest Klass en anderen, van 6 september 1978 serie A nr. 28, blz. 17-18, § 33). Dit is wel degelijk de houding van de verzoeksters : zij bestrijden verscheidene artikelen van het Burgerlijk Wetboek die op hen automatisch van toepassing waren of zijn. Door deze artikelen aan te klagen als zijnde strijdig met de Conventie en het Protocol nr. 1, vragen zij het Hof niet een abstracte controle van normen onverenigbaar met artikel 25 uit te oefenen (cf., naast de twee vermelde arresten, het arrest De Becker van 27 maart 1962, serie A nr 4, blz. 26 *in fine*, en het arrest De Wilde, Ooms en Versyp van 10 maart 1972, serie A nr 14, blz. 10, § 22) : zij bestrijden een juridische toestand, die hen persoonlijk raakt, met name de toestand van de ongehuwde moeders en de buiten huwelijk geboren kinderen.

De regering blijkt te menen dat deze toestand hun geen of nauwelijks schade berokkent. Op dit punt herinnert het Hof eraan dat het al of niet bestaan van een schade niet valt onder artikel 25, dat door «slachtoffer» een persoon aanduidt die rechtstreeks geraakt wordt door de betwiste handeling of nalating (arrest De Wilde, Ooms en Versyp, voormelde blz. 11, § 23-24 ; cf., ook de andere arresten Engel en anderen van 8 juni en 23 november 1976, serie A nr. 22, blz. 37, § 89, en blz. 69, § 11).

Paula en Alexandra Marckx kunnen dus «beweren» slachtoffer te zijn van tekortkomingen waarover zij zich beklagen. Om te weten of zij het werkelijk zijn, moet elk hunner klachten ten gronde worden onderzocht.

II. Ten gronde

28. Voor het essentiële baseren zich de belanghebbenden vooral op de artikelen 8 en 14 van de Conventie. Zonder de andere door hen aangehaalde bepalingen te veronachtzamen, heeft het Hof derhalve vooral vanuit het oogpunt van deze twee onderdelen de drie aspecten onderzocht van het door de Commissie aanhangig gemaakte probleem : de wijze van vaststelling van de afstamming, de omvang van de familie van het kind, de patrimoniale rechten van deze laatste en van haar moeder.

29. Artikel 8 van de Conventie luidt :

«1. Een ieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé-leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen».

30. Het Hof ziet zich genoodzaakt ten deze de betekenis en de draagwijdte van de woorden «eerbiediging van het privé-leven en gezinsleven» te verduidelijken ; een gelegenheid dit te doen had het Hof nog niet (arrest van 23 juli 1968 in de «Belgische taalzaak», serie A nr 6, blz. 32-33, § 7 ; arrest Klass en anderen, van 6 september 1978, serie A nr 28, blz. 21, § 41).

31. De eerste vraag die dient te worden opgelost bestaat erin te weten of de natuurlijke band tussen Paula en Alexandra Marckx een door artikel 8 beschermd gezinsleven heeft doen ontstaan.

Door het recht op eerbiediging van het gezinsleven te waarborgen, wordt door artikel 8 het bestaan van een gezin verondersteld. Het Hof bevestigt het volledig eens te zijn met de vaste rechtspraak van de Commissie op een belangrijk punt : artikel 8 maakt geen onderscheid tussen een «wettig» gezin en een «natuurlijk» gezin. Een dergelijk onderscheid zou strijdig zijn met de woorden «een ieder» ; artikel 14 bevestigt dit door discriminaties op grond van «de geboorte» te verbieden in het genot van de vrijheden die door de Conventie worden gewaarborgd. Het Hof stelt bovendien vast dat het Comité van Ministers van de Raad van Europa in de moeder alleen en haar kind een gezin ziet tussen de andere (resolutie (70) 15

van 15 mei 1970 op de sociale bescherming van de ongehuwde moeders en hun kinderen, § 1-10, § 11-5 enz.).

Artikel 8 geldt derhalve voor het «gezinsleven» van zowel het «natuurlijk» als het «wettig» gezin. Anderzijds is niet betwist dat Paula Marckx haar dochter Alexandra vanaf haar geboorte ten laste heeft genomen en dat zij niet opgehouden heeft er zich bezig mee te houden zodat er tussen hen een effectief gezinsleven bestaan heeft en bestaat.

Er blijft nu nog na te gaan wat, volgens de Belgische wetgever, de «eerbiediging» van dit gezinsleven omvat in elk van de gebieden die door het verzoek bestreken worden.

Door in zijn paragraaf 1 het recht op eerbiediging van het gezinsleven te verkondigen, geeft artikel 8 in de eerste plaats te kennen dat de Staat zich niet mag mengen in de uitoefening van dit recht, behoudens de in paragraaf 2 vermelde strikte voorwaarden.

Zoals het Hof heeft opgemerkt in de «Belgische taalzaak», heeft dit artikel «wezenlijk» tot voorwerp het individu te beschermen tegen willekeurige inmenging van de publieke macht (arrest van 23 juli 1968, serie A nr 6, blz. 33, § 7). Het is nochtans niet beperkt tot de verplichting van de Staat zich te onthouden van dergelijke inmengingen : aan deze eerder negatieve verbintenis kunnen positieve verplichtingen worden toegevoegd die inherent zijn aan de effectieve «eerbiediging» van het gezinsleven.

Hieruit volgt namelijk dat de Staat door in zijn interne rechtsorde een stelsel te bepalen dat toepasselijk is op zekere gezinsbanden, zoals die van de ongehuwde moeder met haar kind, moet handelen op een wijze die de belanghebbenden toelaat een normaal gezinsleven te leiden. Zoals artikel 8 het opvat, impliceert de eerbiediging van het gezinsleven in het bijzonder, naar de mening van het Hof, het bestaan in het nationale recht van een juridische bescherming die de integratie van het kind in zijn familie vanaf de geboorte mogelijk maakt.

De Staat heeft dienaangaande verscheidene middelen waaruit hij kan kiezen, maar een wetgeving die aan dit gebod niet zou beantwoorden, schendt paragraaf 1 van artikel 8, zonder dat het nodig is deze schending te onderzoeken vanuit het oogpunt van paragraaf 2.

Nu artikel 8 derhalve ten deze in aanmerking moet worden genomen rust op het Hof de taak elke grief van de verzoeksters vanuit het oopunt van deze bepaling in detail te bestuderen.

32. Volgens de bepalingen van artikel 14 is, «Het genot van de rechten en vrijheden, welke in dit Verdrag zijn vermeld, (...) verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status».

Zoals blijkt uit de rechtspraak van het Hof, kan artikel 14, hoewel het geen onafhankelijk bestaan heeft, een belangrijke autonome rol spelen door de andere normatieve bepalingen van de Conventie en van de Protocols te vervolledigen : in het genot van de rechten en de vrijheden die zij erkennen, beschermt het de individuen die in analoge toestanden geplaatst zijn, tegen elke discriminatie. Artikel 14, gecombineerd met een artikel van de Conventie of van de Protocols dat een bepaald recht of vrijheid waarborgt, wordt dus geschonden door een maatregel die op zichzelf overeenstemt met de vereisten van deze laatste, maar een discriminatoir karakter heeft dat onverenigbaar is met het eerste. Alles geschiedt alsof artikel 14 integraal deel uitmaakt van elk van de bepalingen die rechten en vrijheden waarborgen (arrest van 23 juli 1968 in de «Belgische taalzaak», serie A nr 6, blz. 33-34, § 9 ; arrest Nationaal Syndicaat van de Belgische politie, van 27 oktober 1975, serie A nr 19, blz. 19, § 44).

Bijgevolg en aangezien artikel 8 in deze zaak in aanmerking moet worden genomen (paragraaf 31 hierboven), dient ook artikel 14, gecombineerd met dit artikel, in overweging te worden genomen.

33. Volgens de constante rechtspraak van het Hof is een onderscheid discriminatoir indien het een «objectieve en redelijke rechtvaardigheidsgrond mist», d.w.z. indien het geen «wettig doel» nastreeft of indien «een redelijk verband van proportionaliteit tussen de gebruikte middelen en het nagestreefd doel» ontbreekt (cf. Voormeld arrest van 23 juli 1968, blz. 34, § 10).

34. Al handelend op een wijze die de normale ontwikkeling van het gezinsleven van een ongehuwde moeder en haar kind toelaat (paragraaf 31 hierboven), moet de Staat zich van elke discriminatie op grond van de geboorte onthouden : het wordt vereist door artikel 14 gecombineerd met artikel 8.

A. *Over de wijze van vaststelling van de moederlijke afstamming van Alexandra Marckx*

35. Naar Belgisch recht volgt de vaststelling van de «natuurlijke» moederlijke afstamming niet uit het louter feit van de bevalling, zelfs niet uit de vermelding — die artikel 57 van het Burgerlijk Wetboek verplichtend maakt — van de naam van de moeder in de geboorteakte ; de artikelen 334 en 341a vereisen een vrijwillige erkenning of een gerechtelijke vaststelling van het moederschap. Daarentegen volstaat volgens artikel 319, de geboorteakte die ingeschreven is in het register van de burgerlijke stand, om de afstamming van het kind van een gehuwde moeder te bewijzen (paragraaf 14 hierboven).

Volgens de verzoeksters schendt dit stelsel ten hunne opzichte artikel 8 van de Conventie zowel afzonderlijk als gecombineerd met artikel 14. De Regering betwist dit ; de Commissie ziet een schending van artikel 8 afzonderlijk beschouwd en gecombineerd met artikel 14, in hoofde van Alexandra, en van artikel 14 gecombineerd met artikel 8, in hoofde van Paula Marckx.

1. *Over de aangevoerde schending van artikel 8 van de Conventie, afzonderlijk beschouwd*

36. Paula Marckx heeft de afstamming van Alexandra slechts kunnen doen vaststellen door middel van de in artikel 334 van het Burgerlijk Wetboek geregelde erkenning. De erkenning heeft een declaratief en niet een toekennend effect : zij schept niet de staat van het kind, maar stelt deze vast ; zij is onherroepbaar en heeft terugwerkende kracht tot op de datum van haar geboorte. Bovendien biedt de te volgen procedure nauwelijks moeilijkheden : de verklaring kan geschieden in de vorm van een notariële akte, maar ook op elk ogenblik en zonder kosten door een bijkomende inschrijving van de akte van geboorte in het register van de burgerlijke stand (paragraaf 14 hierboven).

De noodzakelijkheid om op een dergelijk middel terug te vallen vloeide echter voort uit de weigering het moederschap van Paula Marckx vanaf de geboorte ten volle te wettigen. Bovendien staat de ongehuwde moeder in België voor het volgende alternatief : indien zij haar kind erkent (in de veronderstelling dat zij dit wenst), wordt dit ter zelfder tijd benadeeld aangezien haar bekwaamheid om haar goederen aan haar kind te schenken of na te laten beperkt is ; indien zij de mogelijkheid wenst te behouden om ten voordele van het kind te beschikken zoals zij dat wenst, zal zij er zich van moeten onthouden met haar een gezinsband van juridische aard aan te gaan (paragraaf 18 hierboven). Voorzeker zou deze mogelijkheid, die voor haar thans bestaat bij afwezigheid van een erkenning, volledig verdwijnen volgens het van kracht zijnde Burgerlijk Wetboek (artikel 908), indien de vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte op zich alleen, zoals de verzoeksters het zouden willen, de moederlijke afstamming van elke «natuurlijk» kind zou bewijzen. Het thans bestaande dilemma stemt echter niet overeen met de «eerbiediging» van het gezinsleven ; het gaat er tegen in en belet de normale ontwikkeling ervan (paragraaf 31). Bovendien blijkt uit de paragrafen 60 en 65 hieronder, dat de nadelige patrimoniale gevolgen van de erkenning op zichzelf strijdig zijn met artikel 14 van de Conventie, gecombineerd zowel met artikel 8 als met artikel 1 van het Protocol nr. 1.

Aldus komt het Hof er toe een schending van artikel 8, afzonderlijk beschouwd, in hoofde van de eerste verzoekster vast te stellen.

37. Voor wat Alexandra Marckx betreft, staat de Belgische wetgeving haar slechts één middel toe om haar moederlijke afstamming te bewijzen : het onderzoek naar het moederschap (artikel 341a-431c van het Burgerlijk Wetboek). Hoewel het vonnis dat de «natuurlijke» afstamming vaststelt, dezelfde effecten heeft als de vrijwillige erkenning, is de toepasselijke procedure, door de aard van de zaak, veel complexer. Zonder te spreken over de te vervullen bewijsvoorwaarden, heeft de wettige vertegenwoordiger van het minderjarig kind de machtiging van de familieraad nodig om, in de hypothese dat dit wordt gewenst, de vordering tot in-

roeping van staat in te stellen ; het kind zelf kan deze vordering slechts instellen vanaf zijn meerderjarigheid (paragraaf 14 hierboven). Het onderzoek naar het moederschap kan dus heel wat tijd vergen en het kind inmiddels van zijn moeder in rechte gescheiden houden. Dit stelsel heeft een tekortkoming met zich gebracht van de eerbiediging van het gezinsleven van Alexandra Marckx die juridisch zonder moeder is geweest van 16 tot 29 oktober 1973. Hieruit volgt dat ook artikel 8 geschonden werd in hoofde van de tweede verzoekster, niettegenstaande de korte duur van deze periode.

2. Over de aangevoerde schending van artikel 14 van de Conventie, gecombineerd met artikel 8

38. Het komt aan het Hof voorts toe te bepalen of de verzoeksters of één van hen, slachtoffer zijn geweest van een discriminatie strijdig met artikel 14, gecombineerd met artikel 8, m.b.t. de wijze van vaststelling van de moederlijke afstamming van Alexandra.

39. De Regering roept het verschil in tussen de toestand van de ongehuwde en de gehuwde moeder : terwijl deze laatste en haar echtgenoot «samen de verbintenis aangaan om aan hun kinderen kost, onderhoud en opvoeding te verschaffen» (artikel 203 van het Burgerlijk Wetboek), zou er geen zekerheid bestaan dat de ongehuwde moeder erin zou toestemmen alleen de last van het moederschap te dragen. Door haar de vrijheid te laten in de keuze : haar kind te erkennen of er zich niet om te bekommeren, zou de wet geïnspireerd zijn door de bezorgdheid het kind te beschermen : het zou gevaarlijk zijn het te onderwerpen aan de hoede en het gezag van een persoon die geenszins de wens zou uitgedrukt hebben zich er mede bezig te houden. Veel ongehuwde moeders zouden hun kind niet erkennen (paragraaf 14 hierboven).

Volgens het Hof kan de omstandigheid dat sommige ongehuwde moeders, in tegenstelling tot Paula Marckx, geen zorg willen dragen voor hun kind, de regel van het Belgisch recht niet rechtvaardigen die de vaststelling van hun moederschap afhankelijk maakt van een vrijwillige erkenning of een gerechtelijke verklaring. Het gaat hier inderdaad niet om een algemene houding, waardoor de banden van een ongehuwde moeder met haar kind worden gekenmerkt ; de Regering beweert dit trouwens niet en de cijfers die zij naar voren brengt bewijzen het niet. Zoals de Commissie het onderlijnt, kan het soms voorkomen dat een gehuwde moeder niet wenst haar kind op te voeden en nochtans volstaat de geboorte om te haren opzichte de juridische band van afstamming te doen ontstaan.

Anderzijds heeft het «natuurlijk» kind niet minder belang dan het «wettig» kind bij de vaststelling van deze band. Nu loopt het volgens het Belgisch recht het risico zonder moeder te blijven. Eén enkele mogelijkheid blijft hem open bij afwezigheid van vrijwillige erkenning, namelijk het onderzoek naar het moederschap (artikel 341a-341c van het Burgerlijk Wetboek, paragraaf 14 hierboven). Een dergelijke vordering bestaat eveneens voor het kind van een gehuwde vrouw (artikel 326-330), maar in de overgrote meerderheid van de gevallen heeft zij niet te worden ingesteld ten aanzien van de vermeldingen van de geboorteakte (artikel 319) of bij gebreke daarvan door het bestendig bezit van staat (artikel 320).

40. De Regering betwist niet dat de huidige wetgeving het traditionele gezin begunstigt, maar volgens haar heeft zij tot doel de volledige ontplooiing ervan te verzekeren en baseert zich daarvoor op objectieve en redelijke, de moraal en de openbare orde rakende motieven.

Het Hof geeft toe dat het op zichzelf gewettigd en zelfs verdienstelijk is de traditionele familie te ondersteunen en aan te moedigen. Daarom is het echter niet nodig maatregelen te nemen, die, zoals in voorkomend geval bestemd zijn of er toe leiden tot een benadeling van de «natuurlijke» familie ; de leden van deze laatste genieten van de waarborgen van artikel 8 op gelijke wijze als deze van de eerste.

41. De Regering geeft toe dat de betrokken wetgeving wellicht aanvechtbaar kan lijken ; zij betoogt evenwel dat het probleem van een hervorming, ten aanzien van België slechts gerezen is verscheidene jaren na de in werkingtreding van de Europese Conventie van de Rechten van de Mens (14 juni 1955), met het aanne-

men van de Conventie van Brussel van 12 september 1962 «betreffende de vaststelling van de moederlijke afstamming van natuurlijke kinderen» (paragraaf 20 hierboven).

Ongetwijfeld werd, op het ogenblik dat de Conventie van 4 november 1950 werd opgesteld, het onderscheid op dit gebied tussen de «natuurlijke» en de «wettige» familie als wettig en normaal in vele Europese landen aangezien. Het Hof herinnert er nochtans aan dat de Conventie moet uitgelegd worden in het licht van de tegenwoordige omstandigheden (arrest Tyrer van 25 april 1978, serie A nr 26, blz. 15, § 31). In de huidige zaak kan het Hof niet anders dan getroffen zijn door het volgende verschijnsel : het interne recht van de grote meerderheid van de Lid-Staten van de Raad van Europa is geëvolueerd en evolueert verder, gelijktijdig met de relevante internationale instrumenten, naar een integrale juridische erkenning van het adagio «*mater semper certa est*».

Wel is waar, dat van de tien Staten die de Conventie van Brussel hebben uitgewerkt slechts acht ze tot nu toe ondertekend en vier geratificeerd hebben. Anderzijds werd de Europese Conventie van 15 oktober 1975 «over het juridisch statuut van de buiten het huwelijk geboren kinderen», nog slechts ondertekend door tien en geratificeerd door vier leden van de Raad van Europa. Daarenboven is elke Staat krachtens artikel 14 § 1 gemachtigd ten hoogste drie reserves te formuleren ; het is theoretisch denkbaar dat precies een voorbehoudse wijze van vaststelling van de natuurlijke moederlijke afstamming (artikel 2) zou kunnen betreffen.

Men moge nochtans deze stand van zaken niet inroepen tegen de hierboven geconstateerde evolutie. De twee Conventies zijn van kracht en niets laat toe het feit van het nog beperkt aantal contracterende Staten toe te schrijven aan een weigering om de gelikheden tussen «natuurlijke» en «wettige» kinderen te erkennen op het betrokken punt. In werkelijkheid bewijst het bestaan van deze twee Verdragen een overeenstemming van bepaalde opvattingen over deze aangelegenheid in de moderne samenleving.

De memorie van toelichting bij het wetsontwerp dat door de Belgische regering bij de Senaat op 15 februari 1978 (paragraaf 21 hierboven) werd ingediend illustreert deze evolutie van normen en ideeën. Hierin wordt ondermeer opgemerkt dat «in recente jaren verscheidene Westeuropese landen waaronder de Bondsrepubliek Duitsland, Groot-Brittannië, Nederland, Frankrijk, Italië en Zwitserland nieuwe wetten hebben aangenomen die de traditionele inrichting van het afstammingsrecht hebben omgegooid en een haast volledige gelijkheid tussen wettige en natuurlijke kinderen hebben ingevoerd». Ook wordt de aandacht gevestigd op het feit dat «de zorg om iedere discriminatie en op de geboorte gegronde ongelijkheid weg te ruimen, in de werkzaamheden van een aantal internationale instellingen tot uiting komt». Wat België zelf betreft, onderstreept de geciteerde memorie dat het verschil in behandeling tussen de Belgische burgers al naargelang hun afstamming binnen of buiten het huwelijk wordt vastgesteld, een «werkwoordige uitzondering» vormt op het fundamentele beginsel van de gelijkheid van allen voor de wet (artikel 6 Grondwet). Daaraan wordt toegevoegd dat «zowel bij de juristen als bij de publieke opinie de overtuiging steeds meer veld wint dat een einde moet worden gemaakt aan de discriminatie waarvan deze kinderen het slachtoffer zijn».

42. De Regering voert tenslotte aan dat het invoeren van de regel «*mater semper certa est*» zou moeten gepaard gaan, zoals in het wetsontwerp van 1978 is voorzien, met een herziening van de teksten betreffende het onderzoek naar het vaderschap, daar anders op de ongehuwde moeders ongetwijfeld aanzienlijke hogere lasten worden gelegd. Het zou derhalve gaan over een gezamenlijk probleem, dat alleen zonder gevaar in zijn geheel moet worden opgelost.

Het Hof laat het bij de opmerking dat het slechts kennis moet nemen van bepaalde aspecten van de «natuurlijke» moederlijke afstamming naar Belgisch recht. Het sluit niet uit dat een arrest, waarbij een schending van de Conventie m.b.t. sommige dezer aspecten wordt geconstateerd, een wetgevende hervorming wettelijk of noodzakelijk zou kunnen maken ten aanzien van andere thans niet aan zijn onderzoek onderworpen punten. Het behoort de betrokken Staat, en hem alleen, de maatregelen te nemen die hij

voor het verzekeren van de samenhang en de harmonie van zijn intern recht geschikt acht.

43. Het aangevochten onderscheid mist derhalve een objectieve en redelijke rechtvaardigheidsgrond. Daaruit volgt dat de wijze van vaststelling van de moederlijke afstamming van Alexandra Marckx artikel 14 gecombineerd met artikel 8 heeft geschonden in hoofde van de twee verzoeksters.

B. Over de juridische omvang van de familie van Alexandra Marckx

44. Naar Belgisch recht gaat het «wettig» kind vanaf zijn geboorte volledig deel uitmaken van de familie van elke ouder. Het «natuurlijk» kind, erkend en zelfs geadopteerd, blijft in beginsel buiten de familie van zijn ouders (paragraaf 16 hierboven). Wel is waar, dat de wet in uitzonderingen voorziet, die de recente rechtspraak tracht te vermeerderen, maar de wet weigert aan het buiten het huwelijk geboren kind elk recht op de goederen van de bloedverwanten van zijn vader en moeder (artikel 756 *in fine* van het Burgerlijk Wetboek), zij bevat geen regeling betreffende een uitdrukkelijke onderlinge onderhoudsverplichting, zij machtigt zijn voogd en niet zijn grootouders om in voorkomend geval toestemming tot zijn huwelijk te verlenen (artikel 159 te vergelijken met artikel 150), enz.

Het blijkt bijgevoegd dat in bepaalde opzichten Alexandra nooit juridische banden heeft gehad met de familie van Paula Marckx, namelijk met haar moederlijke grootmoeder, mevr. Victorine Libot, overleden in augustus 1974, en haar tante mevr. Blanche Marckx (paragraaf 12 hierboven).

De verzoeksters oordelen deze toestand onverenigbaar met artikel 8 van de Conventie, afzonderlijk en gecombineerd met artikel 14. De Regering betwist dit; van haar kant ziet de Commissie daarin een tekortkoming aan de vereisten van artikel 8, afzonderlijk en gecombineerd met artikel 14, in hoofde van Alexandra, en van artikel 14, gecombineerd met artikel 8, in hoofde van Paula Marckx.

1. Over de aangevoerde schending van artikel 8 van de Conventie, afzonderlijk beschouwd

45. Naar het oordeel van het Hof, omvat het «gezinsleven» in de zin van artikel 8, minstens de verhoudingen tussen naaste bloedverwanten, waarin zij een aanzienlijke rol kunnen spelen, bijvoorbeeld tussen grootouders en kleinkinderen.

De «eerbiediging» van het aldus begrepen gezinsleven impliceert voor de Staat de verplichting op zulke wijze te handelen dat de normale ontwikkeling van deze verhoudingen mogelijk is (cf., *mutatis mutandis*, paragraaf 31 hierboven). Nu kan de ontplooiing van het gezinsleven van een ongehuwde moeder en van haar erkend kind worden belemmerd indien het kind niet binnentreedt in de familie van de moeder en indien de vaststelling van de afstamming slechts gevolgen voor hen beiden met zich brengt.

46. De Regering brengt hier tegen in dat de grootouders van Alexandra geen partij waren in dit geding; daarenboven zou uit het dossier niet blijken dat er tussen hen en het kind affectieve relaties bestaan of hebben bestaan, waarvan de normale uiting door de Belgische wet werd belemmerd.

Het Hof onderschrijft deze stelling niet. Het feit dat mevr. Victorine Libot zich niet tot de Commissie heeft gewend, verhindert de verzoeksters helemaal niet om voor zichzelf de uitsluiting van de ene van de familie van de andere aan te klagen. Overigens is de afwezigheid van affectieve relaties tussen Alexandra en haar grootmoeder tot aan haar dood door niets bewezen; daarenboven blijkt het kind relaties te onderhouden met een tante: de ingewonnen inlichtingen ter gelegenheid van de zittingen laten toe dit aan te nemen.

47. Er is dus ter zake schending van artikel 8, afzonderlijk beschouwd, in hoofde van de twee verzoeksters.

2. Over de aangevoerde schending van artikel 14 van de Conventie, gecombineerd met artikel 8

48. Het Hof moet nog nagaan of de verzoeksters, of een van hen, een discriminatie in strijd met artikel 14, gecombineerd met artikel 8, ondergingen m.b.t. de juridische omvang van de familie van Alexandra. Een van de vastgestelde verschillen in behandeling op dit gebied tussen «natuurlijke» en «wettige» kinderen betreft de

erfopvolging (artikel 756 *in fine* van het Burgerlijk Wetboek); het Hof spreekt zich daarover uit in de paragrafen 56 tot 59 hieronder. Voor het overige voert de Regering geen andere bijkomende argumenten aan dan die welke zij aanhaalt aangaande de wijze van vaststelling van de afstamming (paragraaf 39 tot 42 hierboven). Het Hof ontwaart geen enkele objectieve en redelijke rechtvaardigheidsgrond voor de verschillen in behandeling waarover het hier gaat. Ongetwijfeld de «vrede» van de «wettige» families kan soms verstoord worden indien het «natuurlijk» kind juridisch binnentreedt in de familie van zijn moeder op gelijke voet met het uit het huwelijk geboren kind, maar deze overweging laat niet toe het kind van zijn fundamentele rechten te beroven. Het Hof verwijst bovendien, *mutatis mutandis*, naar de motieven van de paragrafen 40 en 41 van het huidige arrest.

Het betwiste onderscheid schendt dus, in hoofde van de twee verzoeksters, artikel 14 gecombineerd met artikel 8.

C. Over de patrimoniale rechten ingeroepen door de verzoeksters

49. Het Burgerlijk Wetboek beperkt op verscheidene niveaus de rechten van het «natuurlijk» kind en van de ongehuwde moeder inzake erfopvolging *ab intestato* en schenkingen tussen levenden of bij testament (paragrafen 17 en 18 hierboven).

Overeenkomstig artikel 756 genoot Alexandra tot aan haar erkenning, die geschiedde op 29 oktober 1973 op de veertiende dag van haar leven, van geen enkel erfrecht op het patrimonium van haar moeder. Zij heeft toen niet de hoedanigheid van vermoedelijke erfgename van deze laatste verworven, maar enkel deze van «onregelmatige erfopvolger» (artikel 756-758, 760 en 773). Slechts door de adoptie op 30 oktober 1974 werden haar op de goederen van Paula Marckx de rechten van het «wettig» kind verleend (artikel 365). Voorts heeft de tweede verzoekster nooit een erfrechtelijke roeping gehad ten opzichte van een lid van de familie van de eerste (artikel 756 en 365).

Vanaf haar erkenning tot aan haar adoptie, kon Alexandra van haar moeder door schenking of door testament niets ontvangen boven hetgeen het Wetboek haar toekende in de titel «Erfenissen» (artikel 908). Deze restrictie aan haar bekwaamheid, zoals ook die aan de bekwaamheid om te beschikken van Paula Marckx, bestond niet voor 29 oktober 1973 en is verdwenen op 30 oktober 1974.

Daarentegen verleent het Belgisch Burgerlijk Wetboek aan de «wettige» kinderen vanaf hun geboorte, zelfs vanaf hun verwekking, alle patrimoniale rechten die het Alexandra onthield en onthoudt; voor wat gehuwde vrouwen betreft wordt hun bekwaamheid om te beschikken niet, zoals voor Paula Marckx, ingekrompen.

Volgens de verzoeksters schendt dit stelsel ten hunne opzichte artikel 8 van de Conventie, afzonderlijk beschouwd, en gecombineerd met artikel 14, alsook artikel 1 van het Protocol nr 1, afzonderlijk beschouwd en gecombineerd met artikel 14, in het geval van Paula Marckx. De Regering betwist dit; van haar kant ziet de Commissie slechts een schending van artikel 14, gecombineerd met artikel 1 van het Protocol nr 1, in hoofde van Paula Marckx.

1. Over de patrimoniale rechten ingeroepen door Alexandra

50. Voor wat de tweede verzoekster betreft, heeft het Hof zich enkel geplaagd op het gebied van artikel 8 van de Conventie, afzonderlijk en gecombineerd met artikel 14. Zij stelt inderdaad artikel 1 van het Protocol nr 1 terzijde: met de Commissie en de Regering stelt zij vast dat deze tekst er zich toe beperkt het recht van een ieder op eerbiediging van «zijn» goederen te waarborgen, en derhalve slechts geldt voor actuele goederen en het recht niet waarborgt goederen te verkrijgen bij wijze van erfopvolging *ab intestato* of van schenkingen. Daarenboven blijken de verzoeksters het niet te hebben ingeroepen ter ondersteuning van de klachten van Alexandra. Aangezien artikel 1 van het Protocol niet toepasselijk blijkt, kan artikel 14 van de Conventie niet gecombineerd worden met dit artikel op dit punt.

51. Volgens de verzoeksters vallen de patrimoniale rechten die zij opeisen onder artikel 8, want zij behoren tot de familiale rechten. De Regering bestrijdt deze thesis. De meerderheid van de Commissie onderschrijft deze thesis evenmin, maar voor een minderheid van zes leden — de hoofdafgevaardigde heeft hierop ge-

wezen tijdens de zittingen — zijn de erfrechten tussen kinderen en ouders, alsook tussen kleinkinderen en grootouders, zo nauw verbonden met het familieleven dat zij vallen onder de toepassing van artikel 8.

52. Het Hof sluit zich aan bij deze laatste mening. Het gebied van de erfopvolgingen — en van de schenkingen — tussen naaste bloedverwanten lijkt nauw verbonden met het familieleven. Dit laatste omvat niet enkel relaties van sociale, morele of culturele aard, bv. in de sfeer van de opvoeding der kinderen ; het omvat ook materiële belangen, zoals aangetoond wordt door de onderhoudsverplichtingen en door de aan de erfrechtelijke reserve in de interne rechtsorde van de meerderheid van de contracterende Staten aangewezen plaats. Hoewel de erfrechten gewoonlijk slechts uitgeoefend worden op het ogenblik van de dood van de *de cuius*, derhalve op een ogenblik dat het gezinsleven verandert of zelfs opgeheven wordt, volgt daaruit niet dat geen enkel probleem hieraan kan ontstaan vóór het overlijden : de erfopvolging kan geregeld worden en, wordt in de praktijk, zeer dikwijls geregeld door testament of door schenkingen bij vooruitmaking ; zij vormt een niet te verwaarlozen element van het familieleven.

53. Het artikel 8 vereist daarom nog niet dat een kind recht zou hebben op een zeker deel van de erfenis van zijn ouders, laat staan van andere naaste bloedverwanten : op patrimoniaal gebied laat het eveneens in beginsel aan de contracterende Staat de keuze tussen de middelen die bestemd zijn om aan een ieder toe te laten een normaal gezinsleven te leiden (paragraaf 31 hierboven), en een dergelijk recht is niet onontbeerlijk voor het voortzetten van dit gezinsleven. Bijgevolg, zijn de door het Belgisch Burgerlijk Wetboek aan de erfrechtelijke roeping van Alexandra Marckx gestelde beperkingen op zichzelf niet strijdig met de Conventie, d.w.z. onafhankelijk van het motief waardoor ze geïnspireerd zijn. Voor de schenkingen is een analoge redenering aangewezen.

54. Het onderscheid op deze twee punten tussen «natuurlijke» en «wettige» kinderen stelt daarentegen een probleem op het gebied van de gecombineerde artikelen 14 en 8.

55. Tot aan haar adoptie (30 oktober 1974), heeft Alexandra ten overstaan van Paula Marckx slechts genoten van een bekwaamheid om te verkrijgen (paragraaf 49 hierboven) die duidelijk geringer was dan die van een uit een huwelijk gesproten kind. Dit verschil in behandeling, ter ondersteuning waarvan de Regering geen enkel bijzonder argument aanvoert, mist naar de mening van het Hof, dat *mutatis mutandis* naar de paragrafen 40 en 41 hierboven verwijst, een objectieve en redelijke rechtvaardigheidsgrond.

De Regering bepleit nochtans dat de tweede verzoekster sinds 30 oktober 1974 in haar verhoudingen met de eerste, de patrimoniale rechten van een «wettig» kind bezit ; zij oordeelt het derhalve overbodig zich met de voorafgaande periode bezig te houden.

Het gaat hier in feite slechts om een aspect van het preliminaire middel dat hoger werd verworpen (paragrafen 26 en 27 hierboven). Het Hof merkt bovendien op, samen met de Commissie, dat de noodzakelijkheid zelf om zijn toevlucht te nemen tot een adoptie ten einde dit verschil in behandeling uit te schakelen, een discriminatoir karakter heeft. Zoals de verzoeksters het hebben beklemtoond, dient de in het voorliggend geval aldus gebruikte techniek gewoonlijk tot het vaststellen van juridische banden tussen een persoon en het kind van een ander ; een ongehuwde moeder in de praktijk verplichten om deze techniek aan te wenden indien zij de toestand van haar eigen kind op patrimoniaal vlak wenst te verbeteren, komt neer op het miskennen van de bloedband en het gebruiken van een instelling voor een doel dat het hare niet is. De te volgen procedure blijkt overigens tamelijk lang en gecompliceerd te zijn. Het kind hangt volkomen af van het initiatief van zijn ouder ; het kan zijn adoptie in rechte niet vorderen.

56. Zowel na als vóór 30 oktober 1974, en in tegenstelling tot een «wettig» kind, heeft Alexandra nooit de mogelijkheid tot erfopvolging *ab intestato* ten opzichte van de leden van de familie van Paula Marckx gehad (paragraaf 49 hierboven). Ook hier ontwaart het Hof geen objectieve en redelijke rechtvaardigheidsgrond.

Dat de adoptie in principe aan de geadopteerde geen enkel patrimoniaal recht toekent ten opzichte van de ouders van de adopterende, wordt volgens de Regering verklaard door het feit dat

zij de adoptie eventueel niet hebben goedgekeurd. Het Hof dient zich op dit punt niet uit te spreken, aangezien zij van oordeel is dat de noodzakelijkheid voor een moeder om haar kind te adopteren, discriminatoir is (paragraaf 55 hierboven).

57. Voor wat het geheel van de patrimoniale rechten opgeëist door de tweede verzoekster betreft, noteert het Hof dat het wetsontwerp dat werd ingediend bij de Senaat op 15 februari 1978 (paragraaf 21 hierboven), in naam van het beginsel van de gelijkheid, «de afschaffing van het minderwaardig statuut» beoogt, «dat inzake erfopvolging het lot van de natuurlijke kinderen kenmerkt» in vergelijking tot de kinderen die uit een huwelijk gesproten zijn.

58. De Regering bevestigt overigens te begrijpen dat men het onontbeerlijk oordeelt de erfrechten van het «natuurlijk» kind te vergroten, maar volgens haar moet een hervorming geschieden via wetgevende weg en zonder terugwerkende kracht. Indien het Hof de onverenigbaarheid zou vaststellen van zekere normen van het Belgisch recht met de Conventie, dan zou daaruit volgens haar voortvloeien dat zij strijdig waren met dit instrument vanaf de inwerkingtreding ten opzichte van België (14 juni 1955). De enige wijze om aan een dergelijke gevolgtrekking te ontsnappen, zou erin bestaan te erkennen dat de vereisten van de Conventie met de tijd zijn toegenomen en de juiste datum van deze wijziging aan te duiden. Bij gebreke daarvan zou het arrest erop neerkomen dat een groot aantal latere erfelijke verdelingen onregelmatig zouden worden ; de belanghebbenden zouden ze kunnen betwisten voor de rechtbanken, daar de twee vorderingen die in deze aangelegenheid in het Belgisch recht bestaan slechts na dertig jaar verjaren.

Het Hof dient zich niet bezig te houden met een abstract onderzoek van de betwiste wetteksten ; het gaat na of hun toepassing op de verzoeksters al dan niet overeenkomt met de Conventie (paragraaf 27 hierboven). Ongetwijfeld zal zijn beslissing fataal effecten hebben die de grenzen van deze zaak zullen overschrijden, te meer daar de vastgestelde schendingen hun onmiddellijke bron vinden in de bedoelde teksten en niet in individuele uitvoeringsmaatregelen, maar het Hof zou zelf de betwiste bepalingen niet kunnen vernietigen of opheffen : declaratoir voor het essentiële, laat het aan de Staat de keuze van de middelen die dienen aangewend te worden in zijn interne rechtsorde om de verplichting die voor hem uit artikel 53 voortvloeit, na te komen.

Het belang van de Regering om de draagwijdte van het huidige arrest in de tijd te kennen blijft niettemin manifest. Op dit punt is het aangewezen zich te baseren op twee algemene rechtsbeginselen, waaraan recent het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap herinnerde : «de praktische gevolgen van een rechterlijke uitspraak moeten weliswaar zorgvuldig worden afgewogen, doch dit moet er niet toe leiden dat de objectiviteit van het recht geweld wordt aangedaan en omwille van de weerslag die een rechterlijke beslissing voor het verleden kan hebben de toepassing van het recht in de toekomst in gevaar wordt gebracht» (8 april 1976, Defrenne/Sabena, Jur. 1976, blz. 481). Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens interpreteert de Conventie in het licht van de huidige omstandigheden, maar het ontkent niet dat de verschillen in behandeling tussen «natuurlijke» en «wettige» kinderen bv. op patrimoniaal gebied, gedurende lange jaren voor geoorloofd en normaal werden gehouden in vele contracterende Staten (cf., *mutatis mutandis*, paragraaf 41 hierboven). De evolutie naar de gelijkheid is langzaam vooruit gegaan en men schijnt slechts tamelijk laat eraan gedacht te hebben de Conventie in te roepen om ze te versnellen. Nog op 22 december 1967 heeft de Commissie krachtens artikel 27, § 2, en dit *de plano* (artikel 45 § 3 a van het huishoudelijk reglement van destijds) een verzoekschrift (2775/67) verworpen, waar eveneens de artikelen 757 en 908 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek werden aangevallen ; het probleem blijkt niet meer te zijn opgeworpen voor de Commissie tot in 1974 (verzoekschrift nr 6833/74 van Paula en Alexandra Marckx). Ten aanzien van dit geheel van omstandigheden, op grond van het beginsel van de rechtszekerheid, noodzakelijk inherent zowel aan het recht van de Conventie als aan het gemeenschapsrecht, kan de Belgische Staat juridische handelingen of juridische situaties van vóór de uitspraak van het huidig arrest onverlet laten. Sommige contracterende Staten die een Grondwettelijk Hof hebben, kennen

trouwens een analoge oplossing : hun intern publiek recht beperkt het terugwerkend gevolg van de beslissingen van dit Hof tot vernietiging van een wet.

59. Samenvattend, is Alexandra Marckx het slachtoffer geweest van de schending van artikel 14, gecombineerd met artikel 8, zowel vanwege de beperkingen aan haar bevoegdheid om goederen van haar moeder te verkrijgen, als van de volledige afwezigheid van een erfrechtelijke roeping ten opzichte van haar naaste bloedverwanten langs moederszijde.

2. Over de patrimoniale rechten ingeroepen door Paula Marckx

60. Van 29 oktober 1973 (erkenning) tot 30 oktober 1974 (adoptie) heeft de eerste verzoekster slechts genoten van een beperkte bekwaamheid tot beschikken ten voordele van haar dochter (paragraaf 49 hierboven). Zij klaagt zich er over, zich baserend op de artikelen 8 van de Conventie en 1 van het Protocol nr. 1, afzonderlijk beschouwd en gecombineerd met artikel 14.

a) Over de aangevoerde schending van artikel 8 van de Conventie, afzonderlijk beschouwd en gecombineerd met artikel 14

61. Artikel 8 van de Conventie moet, — het Hof stelde dit reeds vast — op het punt waarover het gaat in aanmerking worden genomen (paragrafen 51 en 52 hierboven). Nochtans waarborgt het niet de absolute vrijheid van een moeder haar goederen aan haar kind te schenken of na te laten : het laat in beginsel aan de contracterende Staten de keuze van de middelen die een ieder moeten instaat stellen een normaal gezinsleven te leiden (paragraaf 31 hierboven) en een dergelijke vrijheid is hiervoor niet onmisbaar. Vandaar dat de door Paula Marckx aangevoerde beperking niet strijdig is met de Conventie op zichzelf, d.w.z. onafhankelijk van het motief waardoor het geïnspireerd is.

62. Het onderscheid dat op dit gebied vastgesteld wordt tussen ongehuwde en gehuwde moeders doet daarentegen een probleem rijzen. De Regering brengt geen enkel bijzonder argument naar voren om het te verdedigen en naar de mening van het Hof, dat *mutatis mutandis* verwijst naar de paragrafen 40 en 41 hierboven, ontbreekt aan het onderscheid een objectieve en redelijke rechtvaardigheidsgrond ; artikel 14 gecombineerd met artikel 8 wordt derhalve hierdoor geschonden.

b) Over de aangevoerde schending van artikel 1 van het Protocol nr. 1, afzonderlijk beschouwd en gecombineerd met artikel 14 van de Conventie

63. Artikel 1 van het Protocol nr. 1 luidt : «Alle natuurlijke of rechtspersonen hebben recht op het ongestoord genot van hun eigendom. Niemand zal van zijn eigendom worden beroofd behalve in het algemeen belang en met inachtneming van de voorwaarden neergelegd in de wet en in de algemene beginselen van het internationaal recht.

De voorgaande bepalingen zullen echter op geen enkele wijze het recht aantasten, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, welke hij noodzakelijk oordeelt om toezicht uit te oefenen op het gebruik van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen en boeten te verzekeren.»

Volgens de verzoeksters vallen de patrimoniale rechten opgeëist door Paula Marckx onder deze tekst. De Commissie onderschrijft hun thesis die door de Regering wordt bestreden.

Het Hof sluit zich aan bij de mening van de Commissie. Door aan een ieder het recht op de eerbiediging van zijn goederen te erkennen, waarborgt artikel 1 in substantie het eigendomsrecht. De woorden «biens» (eigendom), «propriété» (eigendom), «usage des biens» (gebruik van eigendom), in het Engels «possessions» en «use of property», laten dit duidelijk verstaan ; het wordt zonder dubbelzinnigheid bevestigd door de voorbereiding van de Conventie : de opstellers hebben niet opgehouden te spreken over «het eigendomsrecht» om de materie aan te duiden van de elkaar opvolgende ontwerpen waaruit het huidige artikel 1 is ontstaan. Welnu, het recht om te beschikken over zijn goederen maakt een traditioneel fundamenteel element uit van het eigendomsrecht (vgl. het arrest Handyside van 7 december 1976, serie A nr. 24, blz. 29, § 62).

64. In zijn tweede alinea, machtigt artikel 1 nochtans de contracterende Staten «de wetten toe te passen welke zij noodzakelijk

oordelen om toezicht uit te oefenen op het gebruik van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang». Het maakt hen tot enige rechters van de «noodzakelijkheid» van een dergelijke wet (voormeld arrest Handyside, *ibidem*). Het «algemeen belang» kan de wetgever er in zekere gevallen toe brengen «het gebruik van eigendom» te reglementeren op het gebied van de schenkingen tussen levenden of bij testament. De beperking aangevallen door de eerste verzoekster is bijgevolg niet strijdig met het Protocol nr. 1 op zichzelf beschouwd.

65. Nochtans geldt dit alleen voor de ongehuwde moeders en niet voor de gehuwde vrouwen. Het Hof meent, met de Commissie, dat dit onderscheid, ter verdediging waarvan de Regering geen enkel bijzonder argument naar voren brengt, een discriminatoir karakter heeft. Rekening houdend met artikel 14 van de Conventie, ziet zij niet in op welk «algemeen belang», noch op welke objectieve en redelijke rechtvaardigheidsgrond een Staat zich zou kunnen baseren om het recht te beperken van een ongehuwde moeder haar kind met een schenking of een legaat te begiftigen, terwijl de gehuwde vrouw door geen enkele dergelijke beperking gehinderd wordt. Voor het overige verwijst het Hof *mutatis mutandis* naar de paragrafen 40 en 41 hierboven.

Derhalve is er hier schending van artikel 14 van de Conventie, gecombineerd met artikel 1 van het Protocol nr. 1, in hoofde van Paula Marckx.

D. Over de aangevoerde schending van de artikelen 3 en 12 van de Conventie.

66. De verzoeksters verklaren in hun menselijke waardigheid te zijn geraakt door de wetgeving waarover zij klagen ; zij zou hun een «vernederende behandeling» in de zin van artikel 3 doen ondergaan. De Regering bestrijdt hun thesis ; de Commissie heeft van haar kant niet gemeend de zaak vanuit het oogpunt van deze bepaling te moeten onderzoeken.

Naar de mening van het Hof vertoont het betwiste juridische stelsel ongetwijfeld aspecten die de belanghebbenden kunnen aanvoelen als vernederend, maar het maakt geen vernederende behandeling uit die valt onder artikel 3.

67. In haar verslag van 10 december 1977 drukt de Commissie de mening uit dat artikel 12 betreffende het «recht te huwen en een gezin te stichten» in de voorhanden liggende zaak niet in aanmerking komt.

Daarentegen volhardten de verzoeksters in hun mening dat het Belgisch Burgerlijk Wetboek in de persoon van Paula Marckx het recht om niet te huwen, inherent volgens hen aan de waarborg van artikel 12 miskent : om aan Alexandra het statuut van «wettig» kind te verlenen zou haar moeder haar moeten wettigen, dus huwen. Het Hof stelt vast dat er geen enkel juridisch beletsel bestaat tegen de uitoefening van de vrijheid van de eerste verzoekster om te huwen of ongehuwd te blijven ; het Hof vindt het dus niet nodig te onderzoeken of de Conventie het recht om niet te huwen erkent.

Artikel 12 zou ook geschonden zijn omdat de wet aan de «natuurlijke» ouders niet dezelfde rechten als aan echtgenoten toekent. De verzoeksters blijken het aldus uit te leggen als zou dit artikel vereisen dat alle aan het huwelijk verbonden juridische gevolgen ook zouden gelden voor situaties die op zekere punten hiermee vergelijkbaar zijn. Het Hof kan een dergelijke mening niet onderschrijven ; met de Commissie meent zij dat het probleem waarover het gaat buiten het kader van artikel 12 valt.

Dit laatste is dus niet geschonden.

E. Over de toepassing van artikel 50 van de Conventie

68. Op de zitting van 24 oktober 1978 heeft Mevr. Van Look het Hof uitgenodigd aan elk van de verzoeksters krachtens artikel 50 van de Conventie één Belgische frank als vergoeding voor morele schade toe te kennen. De Regering heeft zich op dit punt niet uitgesproken.

Het Hof meent dat deze zaak in staat is (artikel 50 § 3, eerste zin van het reglement, gecombineerd met artikel 48 § 3). Ten aanzien van de omstandigheden van de zaak meent het dat er geen aanleiding is om aan Paula en Alexandra Marckx een andere billijke genoegdoening toe te kennen dan die, welke voortvloeit uit de vaststelling van verscheidene schendingen van hun rechten.

OM DIE REDENEN, HET HOF

I. Over het *preliminair middel van de regering*

1. *Zegt*, met veertien stemmen tegen één, dat de verzoeksters kunnen beweren «slachtoffers» te zijn in de zin van artikel 25 van de Conventie ;

II. Over de wijze van vaststelling van de moederlijke afstamming van Alexandra Marckx

2. *Zegt*, met tien stemmen tegen vijf, dat er schending is geweest van artikel 8 van de Conventie, afzonderlijk beschouwd, in hoofde van Paula Marckx ;

3. *Zegt*, met elf stemmen tegen vier, dat er tevens schending is geweest van artikel 14 van de Conventie, gecombineerd met artikel 8, in hoofde van deze verzoekster ;

4. *Zegt*, met twaalf stemmen tegen drie, dat er schending is geweest van artikel 8 van de Conventie, afzonderlijk beschouwd, in hoofde van Alexandra Marckx ;

5. *Zegt*, met dertien stemmen tegen twee, dat er tevens schending is geweest van artikel 14 van de Conventie, gecombineerd met artikel 8, in hoofde van deze verzoekster ;

III. Over de juridische omvang van de familie van Alexander Marckx

6. *Zegt*, met twaalf stemmen tegen drie, dat er schending is van artikel 8 van de Conventie, afzonderlijk beschouwd, in hoofde van de twee verzoeksters ;

7. *Zegt*, met dertien stemmen tegen twee, dat er tevens schending is van artikel 14 van de Conventie, gecombineerd met artikel 8, in hoofde van de twee verzoeksters ;

IV. Over de patrimoniale rechten ingeroepen door Alexandra Marckx

8. *Zegt*, met eenparigheid van stemmen, dat artikel 1 van het Protocol nr. 1 niet toepasselijk is ten aanzien de klachten van Alexandra Marckx ;

9. *Zegt*, met eenparigheid van stemmen, dat er geen schending is geweest van artikel 8 van de Conventie, afzonderlijk beschouwd in hoofde van deze verzoekster ;

10. *Zegt*, met dertien stemmen tegen twee, dat er schending is van artikel 14 van de Conventie, gecombineerd met artikel 8, in hoofde van dezelfde verzoekster ;

V. Over de patrimoniale rechten ingeroepen door Paula Marckx

11. *Zegt*, met eenparigheid van stemmen, dat er geen schending is geweest van artikel 8 van de Conventie, afzonderlijk beschouwd, in hoofde van Paula Marckx ;

12. *Zegt*, met dertien stemmen tegen twee, dat er schending is geweest van artikel 14 van de Conventie, gecombineerd met artikel 8, in hoofde van deze verzoekster ;

13. *Zegt*, met tien stemmen tegen vijf, dat artikel 1 van het Protocol nr. 1 toepasselijk is ten aanzien van de klachten van Paula Marckx ;

14. *Zegt*, met negen stemmen tegen zes, dat er geen schending is geweest van dit artikel, afzonderlijk beschouwd, in hoofde van dezelfde verzoekster ;

15. *Zegt*, met tien stemmen tegen vijf, dat er schending is geweest van artikel 14 van de Conventie, gecombineerd met artikel 1 van het Protocol nr. 1, in hoofde van de verzoekster ;

VI. Over de aangevoerde scheiding van de artikelen 3 en 12 van de Conventie.

16. *Zegt*, met eenparigheid van stemmen, dat er in voorliggend geval geen schending is noch van artikel 3 noch van artikel 12 van de Conventie ;

VII. Over artikel 50

17. *Zegt*, met negen stemmen tegen zes, dat de voorafgaande beslissingen op zichzelf een voldoende billijke genoegdoening uitmaken in de zin van artikel 50 van de Conventie voldoende is.

¹ De overige zaken waren gericht tegen het Verenigd Koninkrijk (5), Oostenrijk (4), de Bondsrepubliek Duitsland (4), Zweden (2), Ierland (1), Nederland (1) en Denemarken (1). Zie BOSSUYT, Marc, De werking van de Europese Conventie van de rechten van de mens in BOSSUYT, Marc en VANDENBERGHE, Yvan, *De rechten van de mens in de internationale betrekkingen*, Wilrijk-Antwerpen, U.I.A., 1979, 19-34.

² Het Hof heeft geen schending vastgesteld in de zaken *De Becker* (27 maart 1962), *Delcourt* (17 januari 1970) en *Nationaal Syndicaat van de Belgische Politie* (hierna : *Belgisch politiesyndicaat*) (27 oktober 1975).

³ Zaak «*betreffende enige aspecten van de taalregeling in het Belgisch onderwijs*» (hoofzaak), officiële Nederlandse tekst in R.W., 1968-69, 3-90 (hierna : *Belgische taalarrrest*).

⁴ Zaak *De Wilde, Ooms en Versyp*.

⁵ Het Hof heeft ook schendingen vastgesteld in de zaken *Neumeister* (27 juni 1968), *Stögmüller* (10 november 1969) en *Ringeisen* (16 juli 1971) tegen Oostenrijk, *Golder* (21 februari 1975), *Ierland* (18 januari 1978), *Tyrer* (25 april 1978) en *Sunday Times* (26 april 1979) tegen het Verenigd Koninkrijk, *König* (28 juni 1978) en *Luedicke, Belkacem en Koc* (28 november 1978) tegen de Bondsrepubliek Duitsland en *Engel en anderen* (8 juni 1976) tegen Nederland.

⁶ Het laatste «Ontwerp van wet tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming van de adoptie» werd ingediend door de Regering bij de Senaat op 15 februari 1978, *Gedr. Str., Senaat*, 1977-78, nr. 305/1 - opnieuw aanhangig gemaakt bij de wet van 21 mei 1979. Zie ook GERLO, J., De ontwerpen Vrancks, Vanderpoorten en Van Elslande betreffende de afstamming, R.W., 1978-79, 193-203 en PAUWELS, J.M., Het wetsontwerp Van Elslande betreffende afstamming en adoptie, *ibid.*, 1201-1212.

⁷ Het Hof was samengesteld uit G. Balladore Palliere (Italië), G. Wiarda (Nederland), M. Zekia (Cyprus), P. O'Donoghue (Ierland), H. Pedersen (Denemarken), Thor Vilhjámsson (IJsland), W. Ganshof van der Meersch (België), Gerald Fitzmaurice (Verenigd Koninkrijk), D. Bindschedler-Robert (Zwitserland), D. Evrigenis (Griekenland), G. Lagergren (Zweden), F. Gölcüklü (Turkije), F. Matscher (Oostenrijk), J. Pinheiro Farinha (Portugal) en E. Garcia de Enterria (Spanje).

⁸ Artikel 25, eerste paragraaf, eerste zin, van de Conventie luidt als volgt : «De Commissie kan verzoekschriften gericht tot de Secretaris-generaal van de Raad van Europa ontvangen van ieder natuurlijke persoon, iedere (andere dan een regerings-) organisatie of iedere groep van particulieren, welke beweert het slachtoffer te zijn van schending door een der Hoge Verdragsluitende Partijen van de rechten welke in dit Verdrag zijn vermeld, mits de Hoge Verdragsluitende Partij tegen wie die klacht is ingediend, heeft verklaard, dat zij de bevoegdheden van de Commissie om dergelijke verzoekschriften te ontvangen, erkent».

⁹ Zaak *Marckx*, arrest van 13 juni 1979 (hierna «*Arrest Marckx*»), par. 26.

¹⁰ *Ibid.*, par. 27. Alleen rechter Fitzmaurice was het met dit standpunt niet eens omdat hij de mening is toegedaan dat de klagers alleen geraakt werden «in a purely or largely formal, nominal, remote, or trivial way».

¹¹ *Ibid.*, Gerald Fitzmaurice, dissenting opinion, par. 2-5.

¹² *Ibid.*, par. 5.

¹³ *Ibid.*, par. 7 : «It is abundantly clear (at least it is to me) - and the nature of the whole background against which the idea of the European Convention on Human Rights was conceived bears out this view - that the main, if not indeed the sole object and intended sphere of application of Article 8, was that of what I will call the 'domiciliary protection' of the individual. He and his family were no longer to be subjected to the four o'clock in the morning rat-atat on the door ; to domestic intrusions, searches and questionings ; to examinations, delays and confiscation of correspondence : to the planting of listening devices (bagging) ; to restriction on the use of radio and television ; to telephone tapping or disconnection to measures of coercion such as cutting off the electricity or water supply ; to such abominations as children being required to report upon the activities of their parents, and even sometimes the same for one spouse against another, - in short the whole gamut of fascist and communist inquisitorial practices such as had scarcely been known, at least in Western Europe, since the eras of religious intolerance and oppression, until (ideology replacing religion) they became prevalent again in many countries between the two world wars and subsequently. Such, and not the internal, domestic regulation of family relationships, was the object of Ar-

ticle 8, and it was for the avoidance of these horrors, tyrannies and vexations that 'private and family life ... home and ... correspondence' were to be respected, and the individual endowed with a right to enjoy that respect - not for the regulation of the civil status of babies»

¹⁴ Europese Commissie van de rechten van de mens, Req. nr. 6833/74, *Paula et Alexandra Marckx contre Belgique*, Verslag van de Commissie aangenomen op 10 december 1977, (hierna : «*Verslag Commissie*»), par. 69 ; *Arrest Marckx*, par. 31. Met rechter Thor Vilhjálmsón kan nochtans worden opgemerkt dat geen enkele regel aan een kind een waardig gezinsleven kan waarborgen indien zijn moeder niet bereid is dit aan het kind aan te bieden. De vraag kan immers worden gesteld of artikel 8 niet eerder beoogt aan een bestaand gezinsleven juridische bescherming te verlenen, dan wel de automatische juridische integratie van een kind in het gezinsleven van zijn moeder te waarborgen.

¹⁵ *Verslag Commissie*, par. 75.

¹⁶ *Arrest Marckx*, par. 37.

¹⁷ *Ibid.*, par. 36. Rechter Matscher meent dat artikel 8 de Staten enkel verplicht in een stelsel te voorzien dat een juridische band tussen de betrokkenen laat tot stand komen aan voorwaarden die redelijk en gemakkelijk toegankelijk zijn. Vermits de vereiste formaliteiten voor de erkenning zo miniem zijn, meent men dat er van een schending van artikel 8 geen sprake kan zijn. Rechter Bindschedler-Robert is dezelfde mening toegedaan in hoofde van de moeder, maar meent dat er wel sprake is van een schending in hoofde van het kind, omdat dit laatste voor wat zijn statuut betreft volledig afhankelijk is van andermans wil.

¹⁸ *Verslag Commissie*, par. 84.

¹⁹ *Arrest Marckx*, par. 45-46. Rechter Thor Vilhjálmsón verklaarde daarentegen in de Conventie geen enkele verplichting te vinden om in bijzondere juridische regels te voorzien betreffende de banden tussen een kind geboren buiten een huwelijk en de ouders van zijn moeder.

²⁰ *Verslag Commissie*, par. 78.

²¹ *Arrest Marckx*, par. 53 en 61.

²² Rechter Thor Vilhjálmsón meent dat artikel 8 het financieel aspect van de verhouding tussen de twee verzoeksters niet bestrijkt.

²³ *Ibid.* par. 52.

²⁴ Zie BOSSUYT, Marc. *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1976, 133.

²⁵ *Arrest Marckx*, Gerald Fitzmaurice, dissenting opinion, par. 24. Zie ook *Arrest Belgisch politieyndicaat*, Gerald Fitzmaurice, dissenting opinion, par. 25 *in fine* : «Yet a natural and creditable distaste for discrimination in any form cannot justify a conclusion for which no sufficient legal warrant exists, or can exist. The Court is not a court of ethics but a court of law».

²⁶ BOSSUYT, *L'interdiction ...*, 236-238.

²⁷ *Arrest Marckx*, par. 55.

²⁸ *Verslag Commissie*, par. 93-94.

²⁹ *Arrest Marckx*, par. 40.

³⁰ *Ibid.* par. 41.

³¹ Rechter Bindschedler-Robert meent dat er op dit punt alleen maar discriminatie is in hoofde van het kind, omdat de moeder zeer gemakkelijk aan deze discriminatie kan verhelpen door haar natuurlijk kind te erkennen. Op de eenvoud van de procedure voor de moeder om haar kind te erkennen wordt ook gewezen door de rechters Fitzmaurice («an inexpensive, ordinary and simple procedure»), Matscher («la pesanteur de cette formalité est tellement minime») en Thor Vilhjálmsón («la procédure de reconnaissance était très simple»).

³² *Arrest Marckx*, par. 48.

³³ Zie dienaangaande KOHL, Alphonse, *Observations sur la «non-rétroactivité» de l'autorité de l'arrêt Defrenne prononcé le 8 avril 1976 par la Cour de Justice des Communautés européennes*, *R.C.J.B.*, 1977, 231-242.

³⁴ Dit laatste punt wordt bestreden door rechter Pinheiro Farinha (*Arrest Marckx*, *opinion, en partie dissidente*, par. 4) die meent dat het aan het Hof niet toekomt zich uit te spreken over de

toepasbaarheid van het door haar gezegde recht op andere gevallen dan het concrete geval waarin het uitspraak heeft gedaan.

³⁵ *Verslag Commissie*, par. 98-101 ; *Arrest Marckx*, par. 65. De minderheid bestaat uit de rechters Bindschedler-Robert, Fitzmaurice, Matscher, O'Donoghue en Pinheiro Farinha.

³⁶ *Verslag Commissie*, par. 96.

³⁷ *Arrest Marckx*, par. 50.

³⁸ *Verslag Commissie*, par. 96.

³⁹ *Arrest Marckx*, par. 63. De minderheid bestaat uit de rechters Bindschedler-Robert, Fitzmaurice, Matscher, O'Donoghue en Pinheiro Farinha. Zo verklaart rechter Matscher, hierin bijgevalen door de rechters Bindschedler-Robert en Pinheiro Farinha, dat deze bepaling helemaal andere doeleinden beoogt. Rechter Fitzmaurice merkt op dat : «It is abundantly clear that no draftsman intending to include, or instructed to include, within the scope of any clause, rights to inherit property, or dispose of it by will, deed or gift, would rest content with merely providing for the 'peaceful enjoyment of ... possessions' or referring to the 'use' of property - a very ambiguous and uncertain term» (*ibid.*, dissenting opinion, par. 18 *in fine*) en 'the chief, if not the sole object of Article 1 of the Protocol was to prevent the arbitrary seizures, confiscations, expropriations, extortions, or other capricious interferences with peaceful possession that many governments are - or frequently have been - all too prone to resort to'. (*Ibid.*, par. 20)

⁴⁰ *Ibid.*, par. 64. De minderheid bestaat uit de rechters Baladore Pallieri, Evrigenis, Ganshof van der Meersch, Lagergren, Pedersen en Zekia.

⁴¹ *Ibid.*, par. 66.

⁴² *Ibid.*, par. 67.

⁴³ RIGAUX, François, *La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'homme*, *J.T.*, 1979, 513-524.

⁴⁴ *Ibid.*, 524, nr 78. Als besluit van zijn beschouwingen drukt F. Rigaux - eerder sarcastisch - de wens uit dat «dans tous les pays membres du Conseil de l'Europe, la vie privée et familiale de la mère célibataire et de ses enfants reçoive une protection aussi étendue que celle dont ils jouissent aujourd'hui en Belgique» (*Ibid.*, nr 79).

⁴⁵ *Arrest Marckx*, Gerald Fitzmaurice, dissenting opinion, par. 15. En rechter Fitzmaurice vervolgt : «Family law is not family life, and this Article constitutes too slender and uncertain a foundation for any process of grafting the complexities and detail of one onto the relative simplicities of the other. The pretension to do so, in order to force the case within the (actually) quite narrow limits of Article 8 is, as the French saying aptly puts it, 'cousu de fil blanc' ('sticking out a mile')» (*ibid.*).

⁴⁶ RIGAUX, *loc. cit.*, 518, nr 38.

⁴⁷ Over de bijdrage van rechter Fitzmaurice tot de rechtspraak van het Internationaal Gerechtshof, schrijft Merrills, J.G. (Sir Gerald Fitzmaurice's contribution to the Jurisprudence of the International Court of Justice, *B.Y.I.L.*, 1976-1977, 183-240) : «Fitzmaurice's individual opinions ... are closely argued and rigorously reasoned ... they show both a concern for the precise use of legal language and an awareness of the value of the humorous allusion» (*ibid.*, 184).

⁴⁸ *Arrest Golder* (21 februari 1975), Gerald Fitzmaurice, *dissenting opinion*, par. 24 en 48.

⁴⁹ *Ibid.*, par. 32.

⁵⁰ *Ibid.*, par. 37 (c). In een voetnoot voegt rechter Fitzmaurice daar o.m. aan toe : «It is one thing for a national constitution to allow part of its legislative processes to be effected by means of judge-made 'case-law' : quite another for this method to be imposed ab extra on States parties to an international convention supposed to be based on agreement».

⁵¹ *Ibid.* Trouwens ook voor interpretaties van intern recht door de nationale rechter neemt rechter Fitzmaurice het volgende standpunt voor zijn rekening : «the role of the judge is jus dicere not jus dare, and ... the correct course for the judge faced with defective law was to draw the attention of the legislature to that fact, and not deal with it by judicial action» (*ibid.*, noot 21).

⁵² *Arrest Belgisch politieyndicaat*, Gerald Fitzmaurice, dis-

senting opinion, par. 9 (ii) : «There are rules of interpretation applicable to constitutions and these rules have in large measure a character closely analogous to those of treaty interpretation. Thus national courts will interpret their national constitutions - or legislative acts made under them - with reference (inter alia at least) to the intentions of the legislature, or original framers of the constitution, in the sense at any rate that interpretations clearly not contemplated by these, or falling outside the scope of the legislative clause or constitutional provision concerned, will normally be rejected». Voor argumenten ten voordele van «evoluerende» interpretatie op grond van de «constitutionele» aard van de Conventie, zie Sørensen, Max, les droits inscrits en 1950 dans la Convention européenne des droits de l'homme ont-ils la même signification en 1975 ? in *Conseil de l'Europe, Actes du Quatrième Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Straatsburg, 1976, 83-109.

⁵³ Arrest *Belgisch politiestyndicaat*, Gerald Fitzmaurice, dissenting opinion, par. 10 : «In my view the integrity of the law requires that the courts should apply it neither as the instrument, nor as the contriver, of policy, but in accordance with their own professional standard and canons». Een explicitering van dit standpunt van Sir Gerald kan gevonden worden in *Transactions of the Grotius Society*, 38 (1953), 149 (geciteerd door Merrills, loc. cit., 239-240) : «The social function which law has to perform is precisely that of supplying the legal element so necessary in international, as in human affairs, and so indispensable to a full and satisfactory consideration and settlement of the problems that arise. But the value of the legal element depends on its being free of other elements, or it ceases to be legal. This can only be achieved if politics and similar matters are left to those whose primary function they are, and if the lawyer applies himself with single-minded devotion to his legal task. It is not a spectacular task, it does not attract the limelight or gain the headlines ; but properly done, it is infinitely worthwhile and infinitely rewarding. By practising this discipline and these restraints, the lawyer may have to renounce, if he has ever pretended to it, the dominance or rule of lawyers in international affairs, but he will establish something of far greater importance to himself and to the world - the Rule of Law».

⁵⁴ In zijn *dissenting opinions* bij de arresten *Golder* (par. 37 (c) *in fine*) :

«considerations of consistency will, thereafter, make it difficult to refuse extensive interpretations in other contexts where good sense might dictate differently : freedom of action will have been impaired» ; *Belgische politiestyndicaat* (par. 8) : «the functioning of the European Convention, and its enforcement and judicial machinery, is watched by non-European Governments who would be even more hesitant to subscribe to the right of individual petition than the European governments were in 1949/50 - as is clearly shown by the continuing lack of any move to introduce a similar concept, or machinery, into the Universal Covenants of Human Rights. - There is a risk in my opinion that such governments would be seriously deterred from ever doing so if it appeared that one of the consequences was liable to be that the limitations which they intended as to the scope of the relevant covenant or convention may not be respected by the organs of enforcement» ; *Ierland* (par. 17) : «if a commendable zeal for the observance and implementation of the Convention is allowed to drive out common-sense, the whole system will end by becoming discredited. There can be no surer way of doing this than to water down and adulterate the terms of the Convention by enlarging them so as to include concepts and notions that lie outside their just and normal scope».

⁵⁵ RIGAUX (*loc. cit.*, 523, nr 76) voegt eraan toe : «La jurisprudence de la Cour fait parfois penser aux homélies de certaines curés qui, en s'adressant en termes très sévères au petit nombre de fidèles qui leur reste, entendent fustiger tous ceux qui ont cessé de fréquenter l'église. Compte tenu de la situation dans le monde, et même en Europe, il paraît plus sage d'exiger impérativement que les droits fondamentaux soient universellement respectés que de poursuivre, dans quelques rares Etats ayant souscrit la déclaration prévue par l'article 46 de la Convention, une mise à jour de la législation civile selon le dernier cri de quelques Etats dont la

législation est citée en modèle obligatoire.

En d'autres termes, la Cour préfère une politique d'interprétation extensive et évolutive de la Convention, renforçant les exigences acceptées par un petit nombre d'Etats, à une interprétation plus littérale, et par conséquent, plus restrictive, celle-ci étant liée à une politique de diffusion de l'aire géographique des droits de l'homme effectivement respectés».

⁵⁶ *Ibid.*, 524, nr. 77, *in fine*.

⁵⁷ Cf. Het Hof van Straatsburg in het *Belgisch taalarrêst*, par. 9 : «(La cour) ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention. Les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention. Le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention».

⁵⁸ Er bestaat ook een gevaar in het opstellen van conventies die door de hoog gespannen ambities van hun promotoren er zich niet toe beperken op het internationaal vlak een minimum aantal rechten aan te duiden, maar integendeel een aantal nog niet algemeen verwezenlijkte desiderata formuleren. (De thans in de Derde Commissie van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties besproken «Ontwerp-conventie ter uitbanning van discriminatie ten overstaan van de vrouwen» lijkt zich hieraan op sommige punten te bezondigen). Een internationale conventie is geen aansporingsmiddel om, wat men niet verwezenlijkt krijgt op het nationaal vlak, langs internationale weg te bevorderen. Daarvoor dienen resoluties, aanbevelingen en verklaringen. Maar wat nog geen gemeengoed is geworden in de rechtssystemen van de landen die kunnen worden beschouwd als het meest respectvol voor mensenrechten, dient zeker niet voorgeschreven te worden als volkenrechtelijke verplichtingen die door het geheel der Staten moet worden nageleefd. Volkenrechtelijke regels inzake rechten van de mens die de doorsnee nationale bescherming ter zake overtreffen zullen vermoedelijk volkomen ineffectief blijken, waardoor de geloofwaardigheid van het internationaal recht in het algemeen, en in het bijzonder als middel om de bescherming van de mensenrechten te verbeteren, in diskrediet wordt gebracht.

⁵⁹ Voor wat de syndicalistische vrijheid betreft slaat dit enkel op de interpretatie van de Commissie, maar het toepasselijk verklaren door het Hof van artikel 14 op een niet inherent element van artikel 11 leidt tot een even betwistbaar resultaat. (Zie ook *infra*, noot 61).

⁶⁰ Zie BOSSUYT, *L'interdiction ...*, 214-217 met als besluit : «L'interprétation positive du droit à l'instruction soulève beaucoup de réserves. La Cour s'est engagée dans une voie dont les dangers sont incalculables». Ook rechter Fitzmaurice heeft het arrest in de *Belgische taalzaak* bekritiseerd (Arrest *Belgische politiestyndicaat*, Gerald Fitzmaurice, *dissenting opinion*, par. 20). Zie nochtans BOSSUYT, *L'interdiction ...*, 237, noot 16.

⁶¹ *Ibid.*, 234-238 met als besluit : «Qu'il nous soit cependant permis de douter fortement que cette conception 'sociale' soit compatible avec le texte et le contexte de l'article 11. Il nous semble encore moins plausible de supposer qu'elle corresponde à l'objet et au but de la Convention européenne et certainement pas aux intentions des parties contractantes».

⁶² RIGAUX, *loc. cit.*, 523, nr 74 *in fine* : «Quand, au contraire, l'article 8, § 1er, met à charge de l'Etat une obligation positive, celle de donner à la famille naturelle l'encadrement juridique approprié, il impose une obligation de faire dont les autorités compétentes (gouvernement, Chambres législatives) sont responsables, mais qui ne saurait investir immédiatement les particuliers d'aucun droit subjectif».

⁶³ Over het onderscheid tussen beide categorieën rechten, zie BOSSUYT *L'interdiction ...* 184-186 e.v. Over sociale rechten zie VIERDAG, E.W. *The Legal Nature of the Rights granted by the International Covenant on economic, social and cultural Rights*, N.Y.I.L., 1978, 69-105.

⁶⁴ Zie ROUSSEAU, Charles, *Droit international public*, tome I, *Introduction et Sources*, Parijs, Sirey, 1970, 273 : «Sont sujettes à l'interprétation restrictive, en raison même de leur caractère ex-

ceptionnel - tout règlement arbitral ou judiciaire international étant un règlement volontaire les clauses des traités conférant compétence à un arbitre ou à un juge international». Een beroep op de «constitutionele» aard van de Conventie (zie *supra*, noot 52) kan hieraan o.i. niet verhelpen. Het is niet omdat vele constitutionalisten belangstelling betonen voor de conventie dat zij haar volkenrechtelijk karakter verliest.

⁶⁵ RIGAUX, *loc. cit.*, 521, nr 61 en 524, nr 77.

⁶⁶ Een vergelijking van artikel 45 van de Eruopese Conventie («De rechtsmacht van het Hof strekt zich uit over alle zaken betreffende hebbend op de uitlegging en de toepassing van dit Verdrag welke de Hoge Verdragsluitende Partijen of de Commissie aan het Hof voorleggen, in overeenstemming met artikel 48») met artikel 164 van het E.E.G.-Verdrag («Het Hof van Justitie verzekert de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van dit Verdrag») toont reeds aan dat dit laatste een ruimere strekking heeft.

⁶⁷ Zie ook RIGAUX, *loc. cit.*, 521, nr 61.

⁶⁸ Voor wat betreft deze volkenrechtelijke regels, zie o.m. SUR, Serge, *L'interprétation en droit international public*, Parijs, L.G.D.J., 1974, 449 blz. Zie ook ROUSSEAU, *op. cit.*, 241-305, NGUYEN QUOC DINH, *Droit international public*, Parijs, L.G.D.J., 1975, 239-248 en REUTER, Paul *Introduction au droit des traités*, Parijs, A. Colin, 1972, 101-105 en vooral 103, nr 140: «La soumission au texte est ainsi, en droit international notamment, la règle cardinale de toute interprétation. Il se peut que dans d'autres systèmes juridiques, dans lesquels le juge et le législateur relèvent d'un principe d'autorité et non plus de libre consentement, on ait revendiqué pour le juge le droit de faire dire à un texte ce qu'il n'avait pas prévu et même le contraire de ce qu'il disait. Mais de telles interprétations, parfois baptisées de téléologiques, ne peuvent être dissociées du fait que le recours au juge est obligatoire, que celui-ci est obligé de statuer et qu'il se trouve au demeurant sous le contrôle d'un législateur efficace, dont il ne fait finalement, dans ses plus grandes hardiesses, que devancer sous son contrôle les interventions».

⁶⁹ Zie b.v. in het arrest *Golder*, par. 29: «La Cour est disposée à considérer, avec le gouvernement et la Commission, qu'il y a lieu pour elle de s'inspirer des articles 31 à 33 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. Cette convention n'est pas encore en vigueur et elle précise, en son article 4, qu'elle ne rétroagira pas, mais ses articles 31 à 33 énoncent pour l'essentiel des règles de droit international communément admises et auxquelles la Cour a déjà recouru».

⁷⁰ MARCUS HELMONS, Silvio, De certains principes d'interprétation appliqués par les juridictions internationales in *Liber Amicorum Professor Omer DE RAEYAEKER* (Belgisch buitenlands beleid en internationale betrekkingen), Leuven, U.P., 1978, 141-162.

⁷¹ *Ibid.*, 152.

⁷² Cf. *supra*, noot 53

⁷³ Zoals impliciet zou kunnen blijken uit het belang dat gehecht wordt aan de stilzwijgende instemming van de Staten: «Or jusqu'à présent, malgré quelques réactions superficielles, les Etats n'ont jamais contesté l'interprétation donnée par la Cour à certains articles» (MARCUS HELMONS, *loc. cit.*, 162).

⁷⁴ Trouwens ook rechter Fitzmaurice schrijft: «I am not of course suggesting that a Convention such as the Human Rights Convention should be interpreted in a narrowly restrictive way - that it should not indeed be given a reasonably liberal construction that would also take into consideration manifest changes or developments in the climate of opinion which have occurred since the Convention was concluded». (Arrest *Belgische politieyndicaat, dissenting opinion*, par. 10). Zie ook MERRILLS, *loc. cit.*, 225: «Although Fitzmaurice emphasized the primacy of the text, his approach to interpretation cannot be described as rigid or narrow».

⁷⁵ Zie BOSSUYT, *L'interdiction* ..., 205 en 232.

⁷⁶ Om deze reden kan de op een dikwijls al te strikt tekstuele interpretatie gebaseerde kritiek van rechter Fitzmaurice vaak niet worden gevolgd, zolang het Hof binnen het kader van de klassieke vrijheidsrechten blijft.

⁷⁷ Een gelijkaardige stelling werd verdedigd door H. Danelius,

agent van de Zweedse Regering in de zaak van het *Zweedse syndicaat van treinbestuurders* (arrest van 6 februari 1976), Serie B, 150: «an extensive interpretation can be justified, for instance, in determining the exact scope and meaning of rights which unquestionably fall within the framework of the Convention. For instance, general terms such as 'inhuman treatment', 'fair hearing' and 'reasonable time' should be interpreted in view of the humanitarian purpose of the Convention». Maar anderzijds «a cautious interpretation is clearly warranted when extensive constructions would have the effect of imposing upon a Contracting State obligations which it had no intention of assuming, nor any reason to believe that it was expected to assume when ratifying the Convention». (*ibid.*).

⁷⁸ Door aan het onderscheid tussen klassieke vrijheidsrechten en sociale rechten voorbij te gaan loopt het Hof regelrecht het gevaar zijn bevoegdheid te overschrijden!

⁷⁹ Arrest *Tyrer*, par. 31: «The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of the present-day conditions».

⁸⁰ De toepasselijkheid van het discriminatieverbod is uiteraard afhankelijk van het voorafgaand toepasselijk verklaren van artikel 8.

⁸¹ Het belang van rechter Fitzmaurice's scherp onderscheid tussen toepasselijkheid en schending van een artikel komt daarmee nog eens overduidelijk tot uiting.

⁸² Opgeworpen door de Belgische Regering (arrest *Marckx*, par. 58) en ook benadrukt door F. Rigaux (*loc. cit.*, 522, nr 67).

⁸³ Zie dienaangande DRZEMCZEWSKI, Andrew, The Authority of the Findings of the Organs of the European Human Rights Convention in Domestic Courts, *Legal Issues of European Integration*, 1979, 1 - 50.

⁸⁴ De traditionele voorwaarden hiertoe zijn vervuld: de Conventie, die op het internationaal vlak in werking is sinds 3 september 1953 (datum waarop zij voor tien Lid-Staten van de Raad van Europa bekrachtigd was) en ten opzichte van België sinds 14 juni 1955 (datum waarop de Belgische bekrachtigingsoorkonde werd nedergelegd), verkreeg de instemming van de Kamers bij de wet van 13 mei 1955 en werd gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* op 19 augustus 1955. Voor deze voorwaarden, zie SALMON, Jean J.A., Le conflit entre le traité international et la loi interne en Belgique à la suite de l'arrêt rendu le 27 mai 1971 par la Cour de Cassation, *J.T.*, 1971, 511.

⁸⁵ Dit geldt bovendien niet alleen voor de rechters, maar voor al wie geroepen is de Belgische wetten toe te passen, waarbij in het bijzonder aan de notarissen wordt gedacht.

⁸⁶ RIGAUX, *loc. cit.*, 521, nr 63.

⁸⁷ *Ibid.*, 523, nr 72.

⁸⁸ Zie b.v. BLECKMANN, Albert, L'applicabilité directe du droit communautaire in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Brussel, Larcier, 1978, 90 e.v.

⁸⁹ C.P.J.I., *Compétence des tribunaux de Dantzig*, Advies van 3 maart 1928, serie B, nr. 15.

⁹⁰ Zie dienaangande vooral MARESCAU, Marc, *De directe werking van het Europees Gemeenschapsrecht*, Deventer, Kluwer, 1978, 330 blz.

⁹¹ In de zaak *Van Gend & Loos* (5 februari 1963, 26/62, *Jur.* IX, 23), sprak het Hof van Luxemburg de mening uit dat «de Gemeenschap in het volkenrecht een nieuwe rechtsorde vormt». Eventueel mede door een gebrek aan vertrouwdeheid met het volkenrecht worden de hier gecursiveerde woorden wel eens uit het oog verloren).

⁹² Wat reeds tegengesproken wordt door voormeld advies dat werd uitgebracht in 1928 toen er van Europees gemeenschapsrecht nog geen sprake was.

⁹³ REUTER, *op.cit.*, 30, nr. 43: «Les traités sont conclus pour être exécutés et leur exécution suppose souvent qu'ils puissent être appliqués par les tribunaux nationaux» en nr. 44: «En principe, le droit international se désintéresse de cette question; pourvu que le traité soit respecté (art. 27 C(onvention) de) V(ienne)

sur le droit des traités), il abandonne à chaque Etat le soin de déterminer comment se règlent pour ses juges nationaux les rapports entre le droit international et le droit national. Les différents Etats ... ont cependant, d'une manière générale, intérêt à ce que leurs tribunaux soient à même, ..., d'assurer en principe de la meilleure manière possible le respect des règles du droit international, sinon la responsabilité de l'Etat pourra être encourue et même mise en cause avant que les tribunaux nationaux n'aient statué sur un cas, lorsqu'il apparaît à l'avance qu'ils n'ont pas la possibilité d'assurer le respect du droit international». Zie ook *ibid.*, 31, nr 46.

⁹⁴ Zie CRAIG, Michael, *The International Covenant on Civil and Political Rights and the United States Law: Department of State Proposals for Preserving the Status Quo*, *Harvard International Law Journal*, 1978, 859; DEARBORN, Charles, *The Domestic Legal Effect of Declarations that Treaty Provisions Are Not Self-Executing*, *Texas Law Review*, 1979, 236; LEARY, Virginia, *Treaties and Individual Rights in National Law*, (Genève, nog niet gepubliceerd proefschrift IUHEI), 1979, 103. Deze auteur verwijst ook naar gelijkaardige stellingen ingenomen o.m. in de Zwitserse en de Italiaanse rechtsleer. Zie trouwens voor de Europese Conventie, GOLSONG, Heribert, *L'effet direct*, ainsi que le rang en droit interne, des normes de la Convention européenne des droits de l'homme et des décisions prises par les organes institués par celle-ci, in *Les recours ...*, 59-66. In dezelfde publikatie (*ibid.*, 90) beschouwt BLECKMANN, zich zelf als behorende tot een minderheid wanneer hij meent dat «l'applicabilité directe du droit international public est régie, en principe, par le droit national». Er mag worden aangenomen dat de auteurs van de «meerderheid» tot hun besluit gekomen zijn na een onderzoek dat vooral steunt op de praktijk van het Europees Gemeenschapsrecht, waarvan zij het uitzonderlijk karakter tot algemene regel hebben verheven. De verwijzing naar de vooraan in deze voetnoot vermelde auteurs toont aan dat gemakkelijk een andere conclusie bereikt wordt, wanneer de praktijk van de internationale conventies inzake mensenrechten onderzocht wordt. Het lijkt vermoedelijk best te stellen dat voor de directe werking van de bepalingen van een verdrag zowel een internationaalrechtelijke (de voldoende duidelijke en volledige formulering van de betrokken normatieve bepaling) als een nationaalrechtelijke voorwaarde (een grondwettelijk stelsel dat voorziet in de automatische incorporatie van volkenrechtelijke bepalingen in het nationaal recht) vervuld moeten zijn (Zie ook BOSSUYT, Marc, *De directe werking van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten*, *R.W.*, 1978/1979, 240-241).

⁹⁵ DEARBORN, *loc. cit.*, 248, noot 90; WEISBRODT, David, *United States Ratification of the Human Rights Covenants*, *Minnesota Law Review*, 1978, 69. Zie ook REISENFELD, Stefan, *The Doctrine of Self-Executing Treaties and GATT: A notable German Judgment*, *A.J.I.L.*, 1971, 549-550. Hieruit dient niet te worden afgeleid dat er aldus een verschil zou ontstaan in de verplichtingen die de verschillende verdragspartijen op zich nemen. Elke verdragspartij neemt dezelfde verplichting op zich: gevolg te geven aan de bepalingen van het verdrag. Alleen het middel waardoor dit bereikt wordt kan verschillen.

⁹⁶ *Zaak Ierland tegen het Verenigd Koninkrijk*, arrest van 18 januari 1978, par. 239: «En substituant le mot 'reconnaissent' à 's'engagent à reconnaître dans le libellé de l'article 1, les rédacteurs de la Convention ont voulu indiquer de surcroît que les droits et les libertés du Titre I seraient directement reconnus à quiconque relèverait de la juridiction des Etats contractants (document H (61) 4, pp. 664, 703, 733 et 927)». Golsong (*loc. cit.*, 63) wijst er op dat dit wel de bedoeling was van de auteur (Henri Rolin) van hogergenoemd amendement, maar dat kan betwijfeld worden of «les termes mêmes de l'article 1er exigent ou imposent une conclusion identique à celle retenue par M. Rolin». Dat het Hof daar zelf bewust van is blijkt reeds uit de op hogervermeld citaat volgende zin:

«Leur intention se reflète avec une fidélité particulière là où la Convention a été incorporée à l'ordre juridique interne (arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 18 juin 1971, Série A n° 12, p. 43, "82";

arrêt Syndicat suédois des conducteurs de locomotives, du 6 février 1976, série A n° 20, p. 18, § 50)». Het Hof meent dus dat de verdragspartijen, die de Conventie in hun interne rechtsorde geïncorporeerd hebben, weliswaar blijk hebben gegeven van «une fidélité particulière», waaruit echter eventueel kan worden afgeleid dat het Hof niet van oordeel is dat de verdragspartijen, die dit niet hebben gedaan, door dit feit zelf de Conventie zouden schenden. Opgemerkt zij ook nog dat er tussen de verdragspartijen die de Conventie hebben geïncorporeerd bovendien nog een onderscheid te maken is tussen de Staten (zoals België en Nederland) die dit rechtstreeks hebben gedaan door het aannemen van een bijzondere wet daartoe. Dit heeft ondermeer voor gevolg dat de nationale rechter in de Bondsrepubliek Duitsland en in Italië in geval van conflict tussen de Europese Conventie en een posterieure wet deze laatste zal toepassen, waar in België en in Nederland in een dergelijk geval aan de Conventie voorrang zal worden verleend.

⁹⁷ Zie GOLSONG, *loc. cit.*, 67-76, zie ook DRZEMCZEWSKI, Andrew, *The domestic Status of the European Convention on Human Rights*, *Legal Issues of European Integration*, 1977, 1-85.

⁹⁸ *Arrest Marckx*, par. 58 in fine.

⁹⁹ Zie *supra*, noot 34; zie ook RIGAUX, *loc. cit.*, 522, nr. 65 e.v.

¹⁰⁰ Zie o.m. VELU, Jacques, *De gevolgen van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en fundamentele vrijheden op het vlak van de Belgische rechtspraak*. Bezinningsdag over de rechten van de mens, Brussel, 8 december 1978 (nog niet gepubliceerd).

¹⁰¹ F. Rigaux, *loc. cit.*, 522, nr 70.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*, 523, nr. 71 ('chaos').

¹⁰⁴ *Ibid.*, 522, nr. 69 ('imbroglio').

¹⁰⁵ Zie *supra*, noot 84.

¹⁰⁶ Voorzichtigheid bij het erkennen van de toepasselijkheid van één van de normatieve bepalingen van de Conventie op positieve maatregelen is vooral geboden, omdat dan ook het discriminatieverbod van de Conventie op deze maatregelen van toepassing wordt, wat een rechtscheppend effect met zich kan meebrengen: het slachtoffer van de discriminatie kan zich dan immers beroepen op het discriminatieverbod om aanspraak te maken op een recht dat hem volgens de bepalingen van de betrokken wetgeving niet verleend wordt (zie BOSSUYT, *L'interdiction ...*, 218-219). De gevolgen van een dergelijke erkenning kunnen des te zwaarder aankomen voor de verdragspartijen, daar het in laatste instantie dan nog aan het Hof van Straatsburg toekomt om te oordelen of het aangevochten onderscheid in de door de Staat genomen positieve maatregelen al of niet een discriminatie uitmaken.

¹⁰⁷ In feite zijn we hier zeer dicht bij een toestand geschapen door het *Belgisch taalarrest* van 23 juli 1968 waarin het Hof aan het recht op onderwijs een interpretatie heeft gegeven die voor de Staat positieve verplichtingen impliceert. Ook daar heeft het Hof artikel 2 van het eerste Protocol toepasselijk verklaard op positieve door de Staat getroffen maatregelen om het recht op onderwijs te verzekeren, waarna het tot de conclusie kwam dat in dit domein het toepasselijk (geworden) artikel 14 geschonden was. Het Hof ging ervan uit dat de Conventie geen verplichtingen inhield om bepaalde scholen op te richten, maar dat wanneer de Staat scholen oprichtte artikel 2 van het eerste Protocol - en dan ook artikel 14 - van toepassing waren (zie *ibid.*, 172-173 en 214-217).

¹⁰⁸ Betekenisvol dienaangaande heeft het Hof zelf opgemerkt dat «L'évolution vers l'égalité a progressé lentement et l'on semble avoir songé assez tard à invoquer la Convention pour l'accélérer» (*Arrest Marckx*, par. 58).

¹⁰⁹ Zie *supra*, noot 54.

¹¹⁰ Nadat België door de wet van 30 juni 1961 het betwiste artikel 123sexies van het Strafwetboek wijzigde, besliste het Hof op 27 maart 1962 deze zaak van de rol af te voeren.

¹¹¹ Zie de arresten *Neumeister*, *Stögmüller*, *Ringeisen en König*.

¹¹² Cf. artikel 68 van de Belgische Grondwet.

¹¹³ Strikt juridisch is de bindende kracht van het arrest weliswaar beperkt tot de zaak en tussen de partijen waarvoor de uit-

spraak geldt, maar aangezien niet kan worden verwacht dat het Hof in volgende zaken een andere interpretatie zal aannemen, gelden deze interpretaties in feite voor alle gelijkaardige zaken en voor alle verdragspartijen.

¹¹⁴ Cass., 27 mei 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 967.

¹¹⁵ «à peine d'engager la responsabilité internationale de l'Etat, il n'appartient pas à un des organes de celui-ci, fût-ce le judiciaire ou même le législatif, de se soustraire à l'obligation qu'il a de la respecter. Le législateur - ou le Parlement - a d'ailleurs pu décider souverainement s'il donnait ou non son approbation au traité ; ... Si la situation s'est modifiée, après que cet assentiment

a été donné par les Chambres ou par le pouvoir législatif, l'Etat qui souhaite se soustraire à la règle contractuelle à laquelle il a souscrit en pleine connaissance de cause et dans le plein exercice de son pouvoir constitutionnel peut dénoncer le traité en conformité avec les règles du droit international, ...» (geciteerd door SALMON, *loc. cit.*, 534).

¹¹⁶ Hiermede zou het weinig stichtend voorbeeld gevolgd worden van het Griekse kolonelsregime dat zich op 12 december 1969 uit de Raad van Europa terugtrok en de Conventie opzegde.

¹¹⁷ Cf. artikel 65 van de Europese Conventie.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 8 FEBRUARI 1979

Eerste voorzitter : de h. Wauters
Raadsheer-rapporteur : de h. Mahillon
Procureur-generaal : de h. Dumon
Advocaten : mrs. Ansiaux en Fally

Onrechtmatige daad — Schade en schadeloosstelling — Vaststelling — Benadeelde weigert elementen voor te leggen — Geen raming ex aequo et bono.

De rechter dient weliswaar het bedrag van de schade ex aequo et bono vast te stellen wanneer geen van de partijen elementen voor een nauwkeurige vaststelling ervan verschaft of kan verschaffen, maar hij mag zulks niet doen wanneer de partij die beweert benadeeld te zijn weigert de elementen voor te leggen waarover zij beschikt en waardoor, hetzij het bedrag van de schade nauwkeurig kan worden vastgesteld, hetzij het ex aequo et bono te ramen bedrag zo nauwkeurig mogelijk mede kan worden bepaald.

N.V. C. t/ J.

Gelet op het bestreden vonnis, op 28 juni 1976 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik ;

Over het middel afgeleid uit de schending van de artikelen 544, 1315, 1382 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het bestreden vonnis de schade van de verweerders in verband met hun fruitoogsten ex aequo et bono vaststelt,

terwijl uit de vaststellingen van het vonnis volgt dat de onmogelijkheid om het bedrag van die schade nauwkeurig te ramen het gevolg is van de traagheid en van de nalatigheid van de verweerders :

Overwegende dat het vonnis erop wijst dat het vonnis van 18 januari 1968 de verweerders verzocht alle dienstige inlichtingen te verschaffen als ondersteuning van hun vordering tot vergoeding van de schade aan de fruitoogsten ;

Dat het vaststelt dat de verweerders echter geen enkel stuk of element overleggen ter voldoening aan dit verzoek, terwijl het hun mogelijk en zelfs gemakkelijk was geweest

om tijdens de debatten hun factuurboeken voor te leggen als bewijs van de algemene evolutie van hun produktie en van de winst die zij eruit haalden ;

Overwegende dat de rechter het bedrag van de schade weliswaar ex aequo et bono dient vast te stellen wanneer geen van de partijen elementen voor een nauwkeurige vaststelling ervan verschaft of kan verschaffen, doch hij zulks niet mag doen wanneer de partij die beweert benadeeld te zijn weigert de elementen voor te leggen waarover zij beschikt en waardoor, hetzij het bedrag van de schade nauwkeurig kan worden vastgesteld, hetzij het ex aequo et bono te ramen bedrag zo nauwkeurig mogelijk mede kan worden bepaald ;

Dat de benadeelde partij ten deze, zoals uit de bestreden beslissing blijkt, een zodanige houding heeft aangenomen dat een raming ex aequo et bono is uitgesloten ;

Dat het middel gegrond is ;

(...)

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 30 APRIL 1979

Voorzitter : de h. Gerniers
Raadsheer-rapporteur : de h. Janssens
Advocaat-generaal : de h. Lenaerts
Advocaten : mrs. Van Ryn en De Bruyn

Faillissement en gerechtelijk akkoord — Gerechtelijk akkoord met boedelafstand — Vordering van schuldeiser tot verkrijging van uitvoerbare titel.

Het instellen van een rechtsoverdracht om een schuld-vordering gerechtelijk te doen vaststellen en een uitvoerbare titel te verkrijgen is nog geen daad van tenuitvoerlegging. De beslissing over zulk een rechtsoverdracht is geen beslissing over de tenuitvoerlegging.

Mr. Mombaerts q.q. t/ R.M.Z.

Gelet op het bestreden arrest, op 6 april 1978 door het Arbeidshof te Brussel gewezen ;

Over het middel afgeleid uit de schending van de artikelen 5, 29, 30, 32 van de wetten op het gerechtelijk akkoord,

gecoördineerd bij besluit van de Regent van 25 september 1946, 184 van de bij koninklijk besluit van 30 november 1935 gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, 7, 8 en 19 van de Hypotheekwet van 16 december 1851, (dit laatste artikel zoals nadien gewijzigd onder meer door de besluitwet van 6 september 1946 en door de wetten van 18 december 1968 en 27 juni 1969),

doordat het arrest beslist dat verweerder bij de arbeids-rechten aanspraak kan maken op een uitvoerbare titel tegen de naamloze vennootschap U. in vereffening en voor recht zegt dat de naamloze vennootschap U. vertegenwoordigd door haar vereffenaar, eiser qualitate qua, gehouden is tot betaling van het gevorderde en verschuldigde bedrag,

terwijl de Rijksdienst voor Maatschappelijke Zekerheid een algemeen voorrecht heeft op de roerende goederen van de vennootschap in gerechtelijk akkoord met boedelafstand en derhalve, wat betreft de uitvoering, aan de regelen van de samenloop onderworpen is, zodat het arrest de naamloze vennootschap U., vertegenwoordigd door eiser qualitate qua, niet wettelijk mocht veroordelen tot betaling van verweerders schuldvordering :

Overwegende dat de naamloze vennootschap U. van haar schuldeisers een gerechtelijk akkoord door boedelafstand heeft bekomen dat bij vonnis van 1 april 1975 door de Rechtbank van Koophandel te Leuven werd gehomologeerd ;

Overwegende dat het beroepen vonnis «zegt voor recht dat» verweerder «nog gerechtigd is op» een bedrag, waarover geen betwisting meer bestaat ;

Overwegende dat het arbeidshof oordeelt dat verweerder «aanspraak kan maken... op een uitvoerbare titel», het hoger beroep van verweerder gegrond verklaart en «hervormend, zegt voor recht dat de naamloze vennootschap U., vertegenwoordigd door haar vereffenaar, gehouden is tot betaling» van het niet betwiste bedrag ; dat het arbeidshof dus duidelijk een uitvoerbare titel verschaft ;

Overwegende dat het middel ervan uitgaat dat het arrest uitspraak doet over de tenuitvoerlegging ;

Dat het instellen van een rechtsvordering om een schuld-vordering gerechtelijk te doen vaststellen en een uitvoerbare titel te bekomen echter nog geen daad van tenuitvoerlegging is ; dat de beslissing over zulke rechtsvordering geen beslissing over de tenuitvoerlegging is ;

Dat het middel feitelijke grondslag mist ;

(...)

NOOT—Vergelijk daarmee de situatie bij vereffening van een vennootschap : een schuldeiser kan een individuele rechtsvordering tegen de vennootschap instellen ten einde zijn schuldvordering gerechtelijk te doen vaststellen, maar deze vordering mag niet leiden tot daden van tenuitvoerlegging waardoor de rechten van de andere schuldeisers zouden worden geschaad. Zie daarover Cass., 24 maart 1977, R.W., 1977-78, 383, Arr. Cass., 24 maart 1977, R.W., 1977-78, 802

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 25 MEI 1979

Eerste voorzitter : de h. Wauters

Raadsheer-rapporteur : de h. Sury

Advocaat-generaal : de h. Krings

Advocaten : mrs. De Gryse en Van Ryn

Zeerecht — Art. 91 Zeewet — 1. Werkingssfeer — 2. Goederen in strijd met het cognossement op het dek vervoerd — Aansprakelijkheid van de zeevervoerder.

1. Art. 91 Zeewet regelt slechts de verhoudingen tussen de zeevervoerder en de derde-houder van het cognossement.

2. Art. 91, A, Zeewet, dat in I, c, de lading «die bij de vervoerovereenkomst als deklading is opgegeven» en feitelijk op het dek wordt vervoerd, uit zijn toepassingsgebied uitsluit, legt de vermelding van deklading slechts op met het oog op de bescherming van de derde-houder van het cognossement en niet om, bij ontstentenis van deze vermelding, de in strijd met het cognossement op het dek vervoerde goederen aan de ten voordele van de zeevervoerder bepaalde aansprakelijkheidsbeperking van art. 91, A, IV, 5°, te onderwerpen.

De rechter beslist wettig dat art. 66 Zeewet dient te worden toegepast als de zeevervoerder in strijd met het cognossement goederen op het dek heeft vervoerd.

Rederij G. t/ N.V. B.

Gelet op het bestreden arrest, op 14 september 1977 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen ;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 66 en 91, in het bijzonder 91, lid A, § I, c, en § IV, 5°, van de Zeewet,

doordat het arrest de door eiseressen in conclusie voor het hof van beroep ingeroepen stelling — luidens welke ingevolge «artikel 91, A, § I, c, van de Zeewet, de lading, die bij de vervoerovereenkomst is opgegeven als deklading en feitelijk op het dek wordt vervoerd, buiten het toepassingsgebied van de wet valt, ... terzake één van deze elementen ontbreekt aangezien de lading in de vervoerovereenkomst niet als deklading werd opgegeven, ... derhalve artikel 91 en de beperking zoals bepaald in artikel 91, A, IV, 5°, wel degelijk van toepassing is», — verworpt op grond : dat «de bedoeling van artikel 91, A, § I, c, is de goederen, die partijen als deklading willen laten vervoeren en die ook als dusdanig worden vervoerd, niet te onderwerpen aan de zware verplichtingen, die door de onderscheidene bepalingen van artikel 91 op de zeevervoerder werden gelegd, daar aan dergelijke goederen uiteraard niet dezelfde zorgen kunnen worden besteed als aan de in het ruim vervoerde goederen», dat «de bedoeling van deze wetsbepaling niet is of kan zijn voor de vervoerder de mogelijkheid te scheppen de lading als deklading te vervoeren maar ze niet als dusdanig in het cognossement te vermelden om zich de mogelijkheid te scheppen bij schade op beperkte wijze te vergoeden» en dat «een dergelijke gedraging gesanctioneerd wordt door artikel 66 van de Zeewet, luidens hetwelk de kapitein aansprakelijk is voor elke schade die mocht worden toegebracht aan koopwaren, die hij zonder de schriftelijke toestemming van de inlader geladen heeft op het dek van het schip, en in het toepassingsgebied waarvan de bij artikel 91 bepaalde beperking van de verplichting tot vergoeding niet speelt»,

terwijl, eerste onderdeel, overeenkomstig artikel 91, A, § I, c, van de Zeewet, een lading slechts niet als «goede-

ren» in de zin van dit artikel wordt beschouwd, derhalve uit het toepassingsgebied van deze bepaling wordt gesloten, onder de dubbele voorwaarde dat enerzijds de kwestieuze lading bij de vervoerovereenkomst is opgegeven als deklading en dat zij anderzijds feitelijk op het dek wordt vervoerd ; ten deze niet was betwist dat de eerste van deze twee voorwaarden niet was vervuld daar de lading niet als deklading was opgegeven in de vervoerovereenkomst zodat, gezien het vastgesteld ontbreken van een door de wet uitdrukkelijk gestelde voorwaarde, artikel 91 van de Zeewet toepasselijk moest worden geacht en de beslissing niet wettig kan besluiten tot niet-toepasselijkheid van artikel 91 van de Zeewet (schending van artikel 91 van de Zeewet),

tweede onderdeel, in strijd met wat de beslissing impliceert, uit de bewoordingen van artikel 66 van de Zeewet, krachtens welke de kapitein eveneens aansprakelijk is voor elke schade die mocht worden toegebracht aan koopwaren die hij zonder de schriftelijke toestemming van de inlader heeft geladen op het dek van het schip, niet kan worden afgeleid dat «in het toepassingsgebied» van dit artikel «de bij artikel 91 bepaalde beperking van de verplichting tot vergoeding niet speelt» daar, zoals in het eerste onderdeel uiteengezet, de uitsluiting van deklading uit het toepassingsgebied van artikel 91 van de Zeewet uitdrukkelijk is onderworpen aan een dubbele voorwaarde waaronder de voorwaarde dat de lading bij de vervoerovereenkomst als deklading is opgegeven, zodat de beslissing, door artikel 66 van de Zeewet toepasselijk te achten op het vervoeren van een lading als deklading die niet als dusdanig in het cognossement werd vermeld en, gezien de toepassing van artikel 66, artikel 91 niet toepasselijk te achten, deze beide bepalingen schendt :

Overwegende dat zowel uit de werkzaamheden van de conferenties te Den Haag in 1921 en te Brussel in 1922-1923, waaruit de op 25 augustus 1924 te Brussel ondertekende internationale overeenkomst betreffende het eenvormig maken van enige regelen inzake cognossementen is ontstaan, als uit de algemene strekking van die overeenkomst en van de Belgische wet van 28 november 1928 welke die overeenkomst in de Belgische wetgeving heeft ingevoerd, blijkt dat bedoelde overeenkomst en wet slechts de verhoudingen tussen vervoerder en derde-houder van het cognossement hebben willen regelen ; dat deze verhoudingen steeds in aanmerking dienen te worden genomen om de «ratio legis» van de onderscheiden bepalingen van artikel 91 van de Zeewet te bepalen ;

Overwegende dat de derde-houder van een «clean» cognossement weet dat de koopwaar in het laadruim wordt vervoerd en derhalve niet aan de risico's van een deklading is blootgesteld ; dat integendeel, wanneer het cognossement vermeldt dat de goederen op het dek worden vervoerd, bedoelde houder in kennis wordt gesteld, enerzijds, dat de koopwaar aan bijzondere risico's, welke het laden in het ruim van het schip niet vertoont, is blootgesteld en, anderzijds, dat de zeevervoerder zijn aansprakelijkheid vrij mag beperken in weerwil van de bepaling van artikel 91, A, § III, 8°, van de Zeewet ; dat hij dan ook de koopwaar in functie daarvan eventueel kan verzekeren ;

Overwegende derhalve dat, wanneer artikel 91, A, in zijn § I, c, de lading, «die bij de vervoerovereenkomst als deklading is opgegeven» en feitelijk op het dek wordt vervoerd, uit zijn toepassingsgebied sluit, het de vermelding van deklading enkel oplegt met het oog op de bescherming

van de derde-houder van het cognossement en niet om, bij ontstentenis van deze vermelding, de in strijd met het cognossement op het dek vervoerde goederen aan de ten voordele van de zeevervoerder bepaalde aansprakelijkheidsbeperking van voormeld artikel 91, A, § IV, 5°, te onderwerpen ;

Overwegende dat, nu het arrest wettelijk oordeelt dat voormelde aansprakelijkheidsbeperking ten deze geen toepassing vindt, het eveneens wettelijk beslist dat artikel 66 van de Zeewet dient te worden toegepast ;

Dat het middel naar recht faalt ;

(...)

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER — 30 APRIL 1979

Voorzitter : de h. Meers

Raadsheren : de hh. Hernould en De Vocht

Advocaten : mrs. Marck en Bruneel

Hinder — Toegang tot handelspand afgesloten door wegenwerken.

De vordering tot vergoeding, ingesteld door de eigenaar van een handelspand, waarvan de inrit ten gevolge van door de gemeente uitgevoerde wegenwerken definitief afgesloten is, vindt de nodige en tevens voldoende steun in art. 544 B.W.

Noch de noodzakelijkheid van de werken tot algemeen nut, noch de uitvoering ervan op initiatief en kosten van een derde onttrekt de gemeente aan de bepalingen van dat artikel.

Gemeente Berchem t/ R.

Overwegende dat de oorspronkelijke vordering van geïntimeerden, in conclusie gebaseerd op de artikelen 544 en 1382 Burgerlijk Wetboek, er substantieel toe strekt appellante te doen veroordelen ter vergoeding van hun schade, spruitende uit de verlaging van het niveau van de rijbaan voor het eigendom te B. ;

Overwegende dat, om dit niveau aan te passen aan andere wegenwerken, het bestaande gelijkvloerse wegdek van de rijbaan ter plaatse, met behoud nochtans van het niveau van het voetpad, derwijze verlaagd en met een hek afgesloten werd dat de rechtstreekse toegang van het betrokken erf tot de rijbaan van de openbare weg, daardoor totaal en definitief verhinderd en afgesloten is geworden ;

Overwegende dat, in functie van deze feitelijke gegevens, de vordering de nodige en tevens voldoende steun vindt in de bepalingen van artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek, ook ten opzichte van appellante als eigenaar van het aan dit privé erf palend openbaar domein ;

Overwegende dat noch de noodzakelijkheid van de werken tot algemeen nut noch hun uitvoering op initiatief en kosten van een derde appellante onttrekt aan deze bepalingen ;

Overwegende dat het pand vóór de wijziging van het wegniveau beschikte over een als zodanig bruikbare inrit met een breedte — volgens de laatste plannen — van nagenoeg 1,70 meter, waardoor de toegang, met voertuigen van

de kleine en van de middenklasse, tot het gebouw en tot de achterliggende plaatsen, hoe ook genaamd, mogelijk was ; dat het door appellante daarop toegepaste fiscaal statuut niets wijzigt aan deze mogelijkheid ;

Overwegende dat ten gevolge van de wijziging van de toestand van de rijbaan deze voordien bestaande eigenschap van het gebouw verloren ging en het essentieel recht van toegang in abnormale mate werd ingekort ;

Overwegende dat — het eigendom door geïntimeerden op 16 november 1976 overgedragen zijnde in de staat waarin het zich alsdan bevond — de schade wegens zijn minderwaarde vóór de verkoping ontstaan, door hen geleden en gedragen werd ; dat zij hun vordering op de vergoeding daarvan niet afstonden aan de koper ; (...)

NOOT—Zie elders in dit nummer Rb. Antwerpen, 16 december 1976, dat door bovenstaand arrest bekrachtigd wordt.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

3e KAMER — 21 MAART 1979

Voorzitter : de h. Ceulemans

Raadsheren : mevr. De Man en de h. Marinus

Advocaat-generaal : de h. Rigaux

Advocaten : mrs. Brouns en Marinus

Echtscheiding — Op grond van feitelijke scheiding van meer dan tien jaar — Art. 306 B.W. — Behandeling van de schuldvraag nadat de echtscheiding is toegestaan.

Aangezien in het raam van de echtscheiding op grond van art. 232, 1e lid, B.W. de schuldvraag uitsluitend ter sprake komt voor de regeling van de vermogensrechtelijke gevolgen van die echtscheiding, is degene die om de echtscheiding verzoekt, gerechtigd deze te laten beslechten zonder de beslissing omtrent de schuldlast te moeten afwachten.

C. t/ M.

Overwegende dat de vordering van geïntimeerde als oorspronkelijke aanlegger op hoofdeis strekte tot het verkrijgen van de echtscheiding op grond van artikel 232, lid 1, van het Burgerlijk Wetboek, alsmede tot afwijzing van het vermoeden van schuld krachtens artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek te zijnen laste aangehouden bij verkrijging van die echtscheiding ; dat het bestreden vonnis, ingaande op het verzoek van geïntimeerde om de twee voormelde delen van zijn vordering te splitsen, eensdeels de echtscheiding toeliet en anderdeels, alvorens te oordelen of deze te wijten was aan de fouten en tekortkomingen van de tegenpartij zoals door geïntimeerde beweerd, deze laatste machtigde door alle middelen rechtens, getuigen inbegrepen, een reeks van vijf feiten op dit stuk te bewijzen ; dat meteen ook de beslissing omtrent de wederzijds van appellante waarbij zij de toekenning nastreefde van een uitkering na echtscheiding ten bedrage van 12.000 fr. per maand onder voorbehoud van eventuele aanpassing in de loop van het geding uitgesteld werd terwijl de proceskosten aangehouden werden ;

Overwegende dat de grief van appellante tegen bewust vonnis erin bestaat dat het de beslechting van de echtscheiding losmaakte van de beslechting van de eis van de geïntimeerde strekkende tot weerlegging van het wettelijk vermoeden van schuld te zijnen laste bestaande ; dat appellante concludeert tot opschorting van de uitspraak over de echtscheiding totdat tegen haar het bewijs zal zijn geleverd van haar beweerde fouten en tekortkomingen ; dat, subsidiair, voor het geval het hof de zienswijze van de eerste rechter mocht bijvallen en de echtscheiding blijven toelaten, appellante vordert dat geïntimeerde zolang hij niet aantoonde dat zijn echtgenote schuld heeft aan de feitelijke scheiding, voorlopig veroordeeld wordt tot het betalen van een uitkering tot levensonderhoud ten bedrage van 13.552 fr. per maand met indexering ; dat geïntimeerde zijnerzijds de bevestiging beoogt van het bestreden vonnis met verwijzing van de zaak naar de eerste rechter, voor afhandeling van de betwisting omtrent de schuldvraag ; dat voor het geval van niet-verwijzing, hij vraagt toegelaten te worden tot bewijslevering voor het hof van zijn grieven tegen appellante om nadien te concluderen over de gegrondheid van de vordering tot uitkering na echtscheiding ;

Overwegende dat terwijl voor de regeling van bepaalde gevolgen van de echtscheiding op grond van de feitelijke scheiding van meer dan tien jaar bedoeld door artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek (eerste lid), door de wet van 1 juli 1974 het schuld criterium aangehouden werd (artikel 306 Burgerlijk Wetboek), door diezelfde wet de nieuwe grond tot echtscheiding die zij invoegde op een verschillend criterium gebaseerd werd, zegge de ontwrichtingsidee ; dat immers het doel nagestreefd door de wetgever hierin bestond de echtscheiding mogelijk te maken wanneer de schuld van de mislukking van het huwelijk niet te zoeken is bij een bepaalde gedraging van een der echtgenoten ; dat met andere woorden in het kader van artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek, de echtscheiding niet beschouwd wordt als een sanctie die vrij gehanteerd kan worden door de echtgenoot van de schuldige echtgenoot maar als oplossing voor duurzame ontwrichte huwelijken die mogen worden ontbonden ; dat derhalve op grond van artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek en binnen de voorwaarden erin neergelegd, de echtscheiding kan worden opgedrongen aan de echtgenoot aan wie geen feiten die een grond tot echtscheiding vormen, kunnen worden verweten en een echtgenoot het recht heeft de echtscheiding te verkrijgen welke fout ook hem verweten kan worden ;

Overwegende dat, aangezien in het raam van de echtscheiding op grond van artikel 232, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek de schuldvraag uitsluitend ter sprake komt voor de regeling van de patrimoniale gevolgen van die echtscheiding, zegge, het al of niet verliezen van de voordelen die door de andere echtgenoot hetzij bij huwelijkscontract hetzij tijdens het huwelijk werden verleend (art. 299 en 300 B.W.) en de uitkering tot levensonderhoud na echtscheiding (artikel 301 B.W.), diegene die om de echtscheiding verzoekt, gerechtigd is deze te laten beslechten zonder de beslissing omtrent de schuldlast te moeten afwachten ;

Overwegende dat het bestreden vonnis niet wordt aangevochten waar het de voorwaarden gesteld in de met betrekking tot deze echtscheiding toepasselijke wetsbeschikking (lid 1 van art. 232 B.W.) als vervuld beschouwt ; dat appellante evenmin grieven heeft tegen de principiële toelating verleend aan de tegenpartij om over te gaan tot be-

wijzlevering van de door deze aangehaalde feiten ;

Overwegende dat appellante gerechtigd is zoals zij het doet, aanspraak te maken op een provisionele uitkering tot levensonderhoud na echtscheiding ;

Overwegende immers dat naar artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek, geïntimeerde, door het feit dat hij de echtscheiding heeft verkregen, geacht wordt voor de toepassing van artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek de echtgenoot te zijn tegen wie de echtscheiding is uitgesproken ; dat dus aan de tegenpartij krachtens laatst vermeld wetsartikel een uitkering kan toegekend worden maar slechts provisioneel daar over haar recht op uitkering slechts een eindbeslissing zal kunnen genomen worden samen met de beslissing over de eis van geïntimeerde tot weerlegging van het wettelijk vermoeden van schuld te zijnen laste ontstaan met het verkrijgen van de echtscheiding ;

NOOT—Zie elders in dit nummer de noot van C. DE BUSSCHERE bij Hof Brussel, 11 april 1979.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

3e KAMER — 11 APRIL 1979

Voorzitter : de h. Poupart

Raadsheren : de h. Kebers en mevr. Declerck

Openbaar ministerie : de h. du Jardin

Advocaten : mrs. Peeters en Oostvogels

Echtscheiding — Op grond van feitelijke scheiding van meer dan tien jaar — Art. 306 B.W. — Fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot.

Het is niet onlogisch enerzijds te beslissen dat er geen grond tot echtscheiding ten laste van de vrouw voorhanden is wegens grove beledigingen en anderzijds te oordelen dat haar fouten en tekortkomingen ten grondslag liggen aan de feitelijke scheiding. De aard van de in art. 306 B.W. bedoelde fouten en tekortkomingen moet niet zo ernstig zijn als die welke door art. 231 B.W. wordt vereist.

T. t/ P.

Overwegende dat bij verzoekschrift van 6 januari 1976 en dagvaarding van 23 september 1976, Rogier P. een vordering tot echtscheiding heeft ingediend ; dat hij zijn vordering primair baseerde op grond van bepaalde feiten en namelijk op basis van artikel 231 van het Burgerlijk Wetboek, en subsidiair op grond van feitelijke scheiding van meer dan tien jaar, op basis van artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek ;

Overwegende dat de eerste rechter de oorspronkelijke aanlegger zijn vordering op grond van artikel 231 ontzegde ; dat hij de echtscheiding echter toestond op grond van artikel 232 en de aanvangsdatum van de feitelijke scheiding op 8 juli 1957 bepaalde ; dat de rechtbank niettemin besliste dat de feitelijke scheiding te wijten was aan de fouten en tekortkomingen van de oorspronkelijke verweerster en derhalve Cécile T. haar tegenvordering tot veroordeling van Rogier P. tot de betaling van een maandelijkse en geïndexeerde uitkering na echtscheiding van

10.000 fr. ontzegde en haar tot de gerechtskosten veroordeelde ;

Overwegende dat het hoger beroep van Cécile T. ertoe strekt het bestreden vonnis teniet te doen voor zover de eerste rechter heeft beslist dat de feitelijke scheiding te wijten is aan haar eigen fouten en tekortkomingen, en bijgevolg Rogier P. te veroordelen tot het betalen van een geïndexeerde uitkering na echtscheiding van 10.000 fr. per maand, en tot de kosten van beide aanleggen ;

Overwegende dat Rogier P. primair de bevestiging vraagt van het bestreden vonnis en subsidiair een incidenteel beroep instelt strekkende tot de uitspraak van de echtscheiding ten laste van Cécile T. op grond van artikel 231 van het Burgerlijk Wetboek ;

Overwegende dat partijen trouwden op 16 mei 1953 ; dat geen kind uit hun huwelijk geboren werd ;

Wat betreft de vordering op grond van artikel 231 B.W.

Overwegende dat Rogier P. zijn echtgenote onder meer verwijt :

— de echtelijke woonplaats in mei 1957 te hebben verlaten, terwijl hij zelf in het ziekenhuis lag ;

— geen gevolg te hebben gegeven aan een aanmaning om naar het echtelijk dak terug te keren, welke aanmaning die hij haar heeft laten betekenen op 8 juli 1957 ;

— in de echtelijke woning op 26 november 1958 gekomen te zijn, vergezeld door een gerechtsdeurwaarder en er een hele reeks zaken te hebben weggenomen, terwijl ze de mondelinge uitnodiging van haar man om aldaar te blijven onbeantwoord heeft gelaten ;

— na de feitelijke scheiding van mei 1957 en hoewel ze zich te H. bij haar ouders is gaan vestigen, Cécile T. haar inschrijving opzettelijk heeft behouden op hetzelfde adres dan haar echtgenoot, eerst te A., vanaf 1957 tot 1967 en daarna te K., — waar de echtgenoot zich had gevestigd — vanaf maart 1968 tot 1978 ;

Overwegende dat de eerste rechter terecht geoordeeld heeft dat er geen grond tot echtscheiding was op basis van artikel 231 van het Burgerlijk Wetboek, daar de gedraging van Cécile T. niet erg beledigend was ten aanzien van haar echtgenoot ;

Dat inderdaad blijkt dat Cécile T. de woonplaats van haar ouders te H. heeft betrokken op 18 mei 1957 ; dat anderzijds bewezen wordt door een brief van 16 april 1959 van het Ministerie van Landsverdediging, dat Rogier P. op 21 mei 1957 in het militair hospitaal te Brussel werd aangenomen om er een heelkundige ingreep (appendicitis) te ondergaan ;

Dat de deurwaardersaanmaning van 8 juli 1957 niet aan de persoon van Cécile T., maar wel aan haar moeder werd betekend ;

Dat bij vonnissen van 24 juni 1957, 26 september 1957 en 10 maart 1959, de vrederechter van het kanton Asse aan Cécile T. onderhoudsgeld heeft verleend ten laste van haar echtgenoot ;

Dat de beslissing van 10 maart 1959 waarbij Cécile T. een steungeld van 1.750 fr. per maand heeft verkregen, door Rogier P. regelmatig tot 1977 werd uitgevoerd, zonder dat hij er ooit de afschaffing van heeft gevraagd ;

Dat de gezondheidstoestand van de echtgenote slecht was (zie de medische attesten van dr. X van 15 juni 1957 en van dr. Y van 12 juli 1957, betreffende zekere uitwendige letsels door Cécile T. in februari 1957 opgelopen) ;

Overwegende dat het verwijt door Rogier P. tot zijn

echtgenote gericht van «verlating in beledigende omstandigheden en op een beledigende wijze», niet bewezen wordt ;

Dat het incidenteel beroep als ongegrond voorkomt ;

Wat betreft de vordering op grond van art. 232 B.W.

Overwegende dat niet betwist wordt dat Rogier P. en Cécile T. meer dan tien jaar op ononderbroken wijze gescheiden hebben geleefd, en dat de duurzame ontwrichting van het huwelijk uit hun scheiding van meer dan twintig jaar blijkt ;

Overwegende dat de eerste rechter de echtscheiding terecht heeft toegelaten, op verzoek van Rogier P., op grond van artikel 232, 1e lid, van het B.W. ; dat het vonnis op dit punt door partijen niet wordt bevestigd ;

Overwegende dat, naar luid van artikel 306 van het B.W., de echtgenoot die de echtscheiding verkrijgt op grond van artikel 232, eerste lid, wordt geacht, voor de toepassing van artikel 301, de echtgenoot te zijn tegen wie de echtscheiding is uitgesproken ; dat de rechter er anders over kan beslissen indien de eisende echtgenoot het bewijs levert dat de feitelijke scheiding te wijten is aan de fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot ;

Overwegende dat de vrederechter van het kanton Asse, in zijn vonnis van 23 december 1957, vastgesteld heeft dat «het samenwonen (der echtgenoten) thans niet meer mogelijk is, gezien het gebrek van vertrouwen tussen partijen» ; dat deze magistraat de mening is toegedaan dat «het niet genoegzaam is uitgemaakt welke der partijen de schuld draagt van deze scheiding» ;

Overwegende dat uit de hierboven vermelde elementen blijkt dat Cécile T. zich heeft onttrokken aan het vervullen van haar plicht tot samenwoning met haar echtgenoot, een plicht die een essentiële verplichting van het huwelijk uitmaakt ; dat ze niet bewijst dat ze geldige redenen had om afzonderlijk te verblijven waarvoor ze nooit een rechterlijke machtiging heeft verkregen ; dat de door haar aangehaalde mishandelingen, zagezegd door Rogier P., niet worden bewezen, evenmin als het beweerd wangedrag van deze laatste ;

Overwegende dat ten onrechte appellante de eerste rechter verwijt onlogisch met zichzelf te zijn geweest door te beslissen dat er geen grond tot echtscheiding voorhanden was wegens grove beledigingen en niettemin te hebben geoordeeld dat de fouten en tekortkomingen van de echtgenote ten grondslag liggen aan de feitelijke scheiding ; dat de aard van deze fouten en tekortkomingen niet zo ernstig moet zijn als die door artikel 231 B.W. vereist (zie Fr. Rigaux et M.-Th. Meulders-Klein, *Les Personnes*, t. I, mise à jour au 1.7.1978, nr. 215) ;

Overwegende dat hieruit volgt dat Cécile T. schuld treft aan het ontstaan en aan het voortduren van de feitelijke scheiding ; dat Rogier P. het wettelijk vermoeden dat op hem weegt, behoorlijk heeft weerlegd ;

Overwegende dat de eerste rechter terecht heeft beslist dat appellante geen aanspraak kan maken op enig onderhoudsgeld op grond van art. 301 B.W. ;

Overwegende dat gelet op de omstandigheden van de zaak, het aan het hof billijk voorkomt de rechtsplegingskosten van beide aanleggen ten laste van Rogier P. te leggen, hetgeen bij artikel 1286bis van het Gerechtelijk Wetboek trouwens geoorloofd is ; dat de beslissing van de eerste rechter nopens de kosten van eerste aanleg dient te worden gewijzigd ;

(...)

NOOT—Enkele toepassingsproblemen van artikel 306 B.W.

1. Artikel 306 B.W. bepaalt : «Voor de toepassing van de artikelen 299, 300 en 301 wordt de echtgenoot die de echtscheiding verkrijgt op grond van artikel 232, eerste lid, geacht de echtgenoot te zijn tegen wie de echtscheiding is uitgesproken ; de rechtbank kan er anders over beslissen indien de eisende echtgenoot het bewijs levert dat de feitelijke scheiding te wijten is aan de fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot.» Artikel 306 B.W. bevat dus een wettelijk weerlegbaar vermoeden van schuld van de eiser in het geding tot echtscheiding op grond van «gewone» feitelijke scheiding¹.

Uit de termen van artikel 306 B.W. : «Voor de toepassing van de artikelen 299, 300 en 301...» blijkt dus duidelijk dat de wetgever het wettelijk vermoeden van schuld van de eiser, beperkt heeft tot de regeling van twee patrimoniale gevolgen van de echtscheiding, namelijk de uitkering tot levensonderhoud en het verlies of behoud van huwelijksvoordelen². Hieraan moet echter toegevoegd worden dat uit artikel 12 van de echtscheidingswet van 1 juli 1974 en uit de uitvoeringsbepalingen volgt dat dit schuld criterium bepaalde rechten binnen de sector van het pensioen en de sociale zekerheid beheerst³.

Uit de termen van artikel 306 in fine B.W. : «... van de andere echtgenoot» mag niet afgeleid worden dat de eiser alleen maar zou mogen bewijzen dat de feitelijke scheiding uitsluitend aan de fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot te wijten is. De eiser mag bijvoorbeeld het bewijs leveren dat de feitelijke scheiding te wijten is aan de fouten en tekortkomingen van beide echtgenoten, wat onder meer het geval is bij minnelijke feitelijke scheiding der echtgenoten⁴.

¹ Zie i.v.m. de uitkering tot levensonderhoud na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding : M. BAX, «De onderhoudsuitkering na echtscheiding» in *Onderhoudsgeld*, door M. BAX, e.a., Brussel, 1978, blz. 94-97 ; C. DE BUSSCHERE, *De feitelijke scheiding der echtgenoten*, Gent-Leuven, 1978, blz. 278-289 en 330-331 ; J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, thesis, V.U.B., Brussel, 1979, blz. 307-310 ; H. NUYTINCK en M. VAN LOOK, *Het onderhoud na echtscheiding en scheiding van tafel en bed naar Belgisch recht*, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het Recht van België en Nederland, Zwolle, 1976.

² Dit blijkt ook uit de wijziging van artikel 302 B.W. betreffende het bestuur van de persoon en de goederen van de kinderen, na echtscheiding op grond van fout, en na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding. Artikel 306 B.W. is ook niet toepasselijk op artikel 1286bis Ger. W. betreffende de kosten van het geding tot echtscheiding op grond van feitelijke scheiding.

³ E. LONFILS, «Toestand van de gescheidenen en van de uit de echt gescheiden echtgenote qua sociale zekerheid», *B.T.S.Z.*, 1976, 173 ; P. SENAËVE, *De behandeling van de verschillende familiaalrechtelijke situaties in het sociale zekerheidsrecht*, Recyclage Instituut voor Sociaal-Zekerheidsrecht K.U.L., Leuven, 1978 ; B. SMEESTERS en G. DE VIRON, «Les incidences du divorce, de la séparation de corps et de la séparation de fait en matière de sécurité sociale», *J.T.T.*, 1976, 77.

⁴ DE BUSSCHERE, o.c., blz. 280 ; W. DELVA, *Personen- en Familierecht*, Vol. II-B, Gent-Brussel-Antwerpen-Leuven, 1978,

«De rechtbank kan er anders over beslissen...» Welke rechtbank wordt in artikel 306 B.W. bedoeld? Het komt ons voor dat *alleen* de rechtbank die de echtscheiding op grond van artikel 232, eerste lid, B.W. toestaat, bevoegd is uitspraak te doen over de schuldvraag geregeld in artikel 306 B.W., en dit *uitsluitend* tijdens de echtscheidingsprocedure. Dit vloeit voort uit artikel 306 B.W. en het wettelijk vermoeden van schuld van de eiser. Wanneer de rechtbank die de echtscheiding toestond, niets heeft beslist in verband met het wettelijk vermoeden van schuld, staat onherroepelijk vast dat de eiser geacht wordt, voor de toepassing van de artikelen 299, 300 en 301 B.W., de echtgenoot te zijn tegen wie de echtscheiding is uitgesproken. Hij verliest definitief alle huwelijksvoordelen. Hij heeft niet meer het recht een uitkering tot levensonderhoud te vorderen, door, *na* de echtscheidingsprocedure, het bewijs te leveren dat de feitelijke scheiding te wijten is aan de fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot. De vrederechter is dus geenszins bevoegd om uitspraak te doen over de weerlegging van het schuldvermoeden omschreven in artikel 306 B.W. Trouwens, de vrederechter is niet bevoegd met toepassing van artikel 306 B.W. uit te maken welke echtgenoot huwelijksvoordelen verliest of behoudt. Daarenboven kan geen verschillende regeling gelden voor enerzijds het verlies en behoud van huwelijksvoordelen en anderzijds het recht op levensonderhoud: artikel 306 B.W. heeft tot gevolg dat de schuldige echtgenoot, voor de toepassing van de artikelen 299 en 300 B.W., noodzakelijk ook de schuldige echtgenoot is voor de toepassing van artikel 301 B.W. Op grond van artikel 306 B.W. kan de vrederechter alleen vaststellen dat de eiser in het geding tot echtscheiding op grond van artikel 232, eerste lid, B.W. geen recht op een uitkering tot levensonderhoud heeft, behoudens een andersluidende beslissing i.v.m. artikel 306 B.W. door de rechtbank die de echtscheiding toestond⁵. In dit verband moet er nog gewezen worden op het arrest van het Hof van Beroep van Antwerpen van 21 maart 1979, waarin wordt overwogen: «...dat aangezien in het raam van de echtscheiding op grond van artikel 232, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek de schuldvraag uitsluitend ter sprake komt voor de regeling van de patrimoniale gevolgen van die echtscheiding, zegge..., diegene die om de echtscheiding verzoekt, gerechtigd is deze te laten beslechten zonder de beslissing omtrent de schuldlast te moeten afwachten»⁶.

2. Overeenkomstig artikel 306 B.W. kan de eisende echtgenoot het bewijs leveren: «... dat de feitelijke scheiding te wijten is aan de fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot.»

Deze terminologie vertoont veel gelijkenis met de (casatie-)rechtspraak betreffende de uitvoering van de verplichting tot hulp en tot bijdrage in de lasten van het huwelijk in geval van feitelijke scheiding der echtgenoten. Hij die om een uitkering tot levensonderhoud of een loondelegatie ten laste van zijn medeëchtgenoot verzoekt, moet, in geval van feitelijke scheiding van de echtgenoten, het bewijs

leveren dat het ontstaan en het voortduren van de feitelijke scheiding te wijten is aan de andere echtgenoot⁷. Het is derhalve geenszins verwonderlijk dat vroegere vonnissen betreffende een uitkering tot levensonderhoud of een loondelegatie ingeroepen worden als bewijs in het kader van artikel 306 B.W.⁸. Uit dergelijke vonnissen kan afgeleid worden dat de feitelijke scheiding te wijten is aan de fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot. Doch dergelijke vonnissen bevatten geen onweerlegbaar bewijs van de schuld van de echtgenoot ten laste van wie een onderhoudsgeld of loondelegatie werd toegestaan; derhalve kan de rechtbank toestaan dat de eiser het vermoeden van artikel 306 B.W. weerlegt, zelfs al worden dergelijke vonnissen voorgelegd⁹.

Uit de tekst van artikel 306 B.W. wordt afgeleid dat de fouten en tekortkomingen die ingeroepen worden, de feitelijke scheiding moeten *voorafgaan*¹⁰. Zouden fouten en tekortkomingen die hebben geleid tot het voortduren van de feitelijke scheiding, dan niet mogen worden ingeroepen? Zouden, naar analogie van de rechtspraak betreffende de toepassing van de artikelen 213 en 221 B.W. in geval van feitelijke scheiding, niet de fouten en tekortkomingen ten gevolge waarvan de feitelijke scheiding is ontstaan en/of voortduurt, in aanmerking mogen worden genomen¹¹? Er kan reeds vastgesteld worden dat sommige rechtbanken vermelden dat de op grond van artikel 213 of 221 B.W. veroordeelde echtgenoot nooit de intrekking of de opheffing van de uitkering tot levensonderhoud of van de loondelegatie heeft gevorderd.

In bovenstaand arrest stelt het hof dat de aard van de fouten en tekortkomingen bedoeld in artikel 306 B.W. niet zo ernstig moet zijn als die door artikel 231 B.W. vereist, en dat, in het concrete geval, de eerste rechter niet onlogisch met zichzelf is geweest door te beslissen dat er geen grond tot echtscheiding voorhanden was wegens grove beledigingen en niettemin te hebben geoordeeld dat de fouten en tekortkomingen van de echtgenote ten grondslag liggen aan de feitelijke scheiding. Deze stelling kan onderschreven worden. Zoals hierboven werd vermeld, kan de rechtbank met toepassing van artikel 306 B.W. beslissen dat alleen de eiser, alleen de verweerder, of beide echtgenoten schuld treft. De schuld is immers vaak niet exclusief. De feitelijke scheiding is te wijten aan de beide echtgenoten, wanneer zij minnelijk tot stand is gekomen. De beide echtgenoten hebben eveneens schuld aan de feitelijke scheiding wanneer zij ontstaan is ten gevolge van het wangedrag van een echtgenoot waartoe de andere echtgenoot hem heeft aangezet. In deze gevallen kan de inbreuk op de verplichting tot samenwoning geen grove belediging in de zin van artikel 231 B.W. zijn, gelet op de afwezigheid van het beledigend karakter; doch deze gedragingen kunnen wel fouten en tekortkomingen in de zin van artikel 306 B.W. zijn.

⁷ DE BUSSCHERE, o.c., blz. 107-109 met verwijzingen.

⁸ Zie bijv. Rb. Namen 23 november 1978, *Rev. Rég. Dr.*, 1978, 479; Hof Brussel, 14 maart 1978, *R.W.*, 1978-79, 576, met noot C. DE BUSSCHERE; bovenstaand arrest.

⁹ Rb. Luik, 8 december 1977, *J.L.*, 1977-78, 244, *R.N.B.*, 1979, 83.

¹⁰ Hof Brussel, 21 december 1977, *R.W.*, 1978-79, 1717; J.L. RENCHON, «Les vicissitudes de la législation sur le divorce. Bilan de l'évolution du droit positif depuis 1972», *Annales de droit*, 1976, 85, noot 111.

¹¹ Zie meer uitvoerig: DE BUSSCHERE, o.c., blz. 280.

blz. 236; F. RIGAUX en M.-Th. MEULDERS-KLEIN, *Les Personnes*, Tome I, *Les relations familiales*, Mise à jour au 1er juillet 1978, Brussel, 1978, blz. 119 en 120, nrs. 215 en 219.

⁵ Anders: Rb. Luik, 27 februari 1979, *J.L.*, 1978-79, 235.

⁶ Opgenomen in dit nummer

F. Rigaux en M. Th. Meulders-Klein schrijven : *La preuve des manquements du défendeur n'est pas aussi rigoureuse que celle que requièrent les articles 229 en 231*. Heeft deze precisering door genoemde auteurs niet veeleer betrekking op het bewijsrecht, dan wel op de graad van de ernst van de fouten en tekortkomingen ? Er gelden in principe geen beperkingen in verband met het bewijs van deze feiten, dit in tegenstelling met de bewijsslevering van de feiten die de echtscheiding op grond van fout moeten wet- tigen¹³.

Carl De Busschere

¹² RIGAUX, en MEULDERS-KLEIN, o.c., nr. 215.

¹³ Zie i.v.m. deze beperkingen : M. BAX, «Echtscheiding op grond van bepaalde feiten», in *Het echtscheidingsrecht in België na de hervorming 1974-1975*, door G. BAETEMAN, e.a., Gent-Brus- sel-Antwerpen-Leuven, 1977, blz. 21-25.

HOF VAN BEROEP TE GENT

1e KAMER — 12 APRIL 1979

Voorzitter : de h. De Groote

Raadsheren : de hh. De Smet en Dinneweth

Advocaat-generaal : de h. Bonte

Advocaten : mrs. De Gucht loco de Rouck en Scheurs loco De Vleeschouwer

Afstamming — Vermoed vaderschap — Vordering op grond van de artt. 340b en 340c B.W. — Kind door andere man erkend en gewettigd — Vordering op grond van on- rechtmatige daad.

De erkenning van een kind door een andere man dan diegene die wordt aangesproken op grond van de artt. 340b en 340c B.W., heeft de niet-ontvankelijkheid van deze vor- dering tot gevolg. A fortiori is dat het geval als het kind door een andere man erkend en gewettigd wordt.

De eis tot schadevergoeding op grond van art. 1382 B.W. staat los van de kwestie van de afstamming en kan geba- seerd worden op de verleiding van de vrouw door huwe- lijksbelofte.

T. t/ De S.

1. Appellante vordert tegen geïntimeerde : 1° op grond van art. 340c B.W. voor haarzelf : de kosten van bevalling (2.362 fr.) en onderhoud gedurende vier weken (12.000 fr.) ; 2° op grond van art. 340b B.W. voor haar erkend natuurlijk kind T. M. geboren te Z. op 20 juni 1975, een uitkering tot onderhoud en opvoeding van 5.000 fr. per maand tot aan zijn 12e jaar en 10.000 fr. per maand van het 12e tot het 18e jaar, met een extra-patrimoniale schadever- goeding van 1.000.000 fr. ex art. 1382 B.W.

De voorafgaande procedure art. 340 B.W. werd ter zake nageleefd en de bij art. 340c B.W. bepaalde termijn werd in acht genomen.

2. De gegrondheid van de onderwerpelijke vordering hangt af van het bewijs dat partijen gedurende het wettelijk

bevruchtingstijdperk met elkaar gemeenschap hebben ge- had. Dit bewijs kan en mag slechts geleverd worden door een van de omstandigheden in art. 340b B.W. opgesomd.

Bij de verschijning van partijen vóór de voorzitter der rechtbank te Oudenaarde op 12 september '75 heeft geïntimeerde bekend in een conform art. 340f opgesteld proces-verbaal, dat hij tijdens de wettelijke conceptiepe- riode met appellante gemeenschap heeft gehad en dat hij de vader is van het natuurlijk kind T. M. Geïntimeerde beweerde echter niet in staat te zijn om geldelijk in het onderhoud te kunnen bijdragen.

De eerste rechter heeft bij vonnis bij verstek, gewezen op 25 mei '76, 1° de maandelijkse uitkering tot onderhoud ten behoeve van het kind vastgesteld op 3.000 fr. tot het einde van het 11e levensjaar en tot 5000 fr. vanaf het 12e tot het einde van het 18e jaar, dit alles geïndexeerd ; 2° de vordering wegens kraam- en onderhoudskosten gedu- rende vier weken ingewilligd ; 3° de schadevergoeding ex art. 1382 bepaald op 50.000 fr.

Bij exploit van 15 juli 1976 heeft geïntimeerde verzet aangetekend. Tijdens deze procedure liet geïntimeerde gelden dat appellante ondertussen op 23 september 1976 in het huwelijk was getreden met D. T. A., die het kind had gewettigd, en concludeerde hij tot de ongegrondheid van de vordering.

Het bestreden vonnis, op tegenspraak gewezen, heeft de vordering niet toelaatbaar verklaard in zoverre ze strekt tot de verschaffing van onderhoud voor het kind evenals tot vergoeding van kraam- en onderhoudskosten voor de moeder. De eis tot schadevergoeding ex art. 1382 B.W. werd gegrond verklaard ten belope van 10.000 fr.

3. In haar akte van hoger beroep handhaaft appellante haar oorspronkelijke vordering, behoudens het bedrag der onderhoudsuitkering voor het kind dat zij vermindert tot 3000 fr. per maand vanaf de geboorte tot het 12e jaar en tot 5000 fr. per maand vanaf het 13e tot het 18e jaar. Bij inci- denteel beroep eist geïntimeerde de afschaffing van de toe- gewezen morele schadevergoeding.

4. Uit de overgelegde stukken is gebleken, dat ap- pellante op 23 september 1976 te H. in het huwelijk is getreden met D. T. A. en dat in fine van de huwelijksakt het kind T. M. door beide echtgenoten erkend en gewettigd werd als hun zoon. Op de kant van zijn geboorteakte werd in de registers der geboorten te Z. dezelfde melding aange- bracht.

5. De onderwerpelijke vordering, ingesteld op grond van de artt. 340b, 340c, B.W., is gebaseerd op het vermoedelijk vaderschap van geïntimeerde ten aanzien van het kind. Het declaratief karakter van de erkenning-wettiging van het kind T. M. door D. T. A. beduidt, dat deze laatste het «wettelijk» vaderschap over dit kind heeft erkend.

Deze erkenning-wettiging heeft aldus tot gevolg dat het vermoedelijk vaderschap van geïntimeerde, gebaseerd op de artt. 340b en 340c B.W. wegvalt.

Dit geldt vanzelfsprekend zowel voor de periode lopende vanaf de geboorte van dit kind tot aan de erkenning-wet- tiging, als voor de conceptieperiode die er noodzakelijk verband mee houdt.

6. Algemeen wordt aangenomen dat de loutere er- kenning van een kind door een andere man dan diegene die aangesproken wordt op grond van de artt. 340b en 340c B.W. de niet-ontvankelijkheid van deze vordering tot ge- volg heeft (*R.P.D.B.* tw. «Paternité et filiation», nr. 201 ; *De Page*, I, nr. 1201 en *Compl.* I, nr. 1141 en 1222, 1°,

laatste lid). Nu zulks reeds het geval is voor de erkenning, is het a fortiori toepasselijk voor de erkenning-wettiging (De Page, *op. cit.*).

Derhalve dient met de eerste rechter te worden aangenomen, dat de onderwerpelijke vordering alle rechtsgrond mist, in zover zij gebaseerd is op de artt. 340b en 340c B.W., de erkenning-wettiging tot gevolg hebbende dat de afstamming van het kind vastgesteld is overeenkomstig de artt. 331, 333 en 203 B.W.

7. Weliswaar staat de schadevergoeding ex art. 1382 B.W. los van de kwestie van de afstamming en kan zij gebaseerd zijn op een foutief doen of laten vanwege geïntimeerde. Appellante verwijt hem ten deze haar verleiding door huwelijksbelofte.

Hiervan wordt echter geen enkel bewijs voorgebracht noch zelfs aangeboden. Er wordt geen enkel geschrift overgelegd dat zou wijzen op een verloving van partijen, zoals appellante beweert.

In de gegeven omstandigheden dient aangenomen te worden dat er een verhouding tussen partijen is ontstaan die beiderzijds vrijelijk werd aangegaan, zodat er, in het concreet geval, geen grond tot toekenning van morele schadevergoeding voor handen is.

(...)

NOOT—*Samenloop van natuurlijk vaderschap en «vermoede» vaderschap*

1. Door de omstandigheid dat een natuurlijk kind ofwel een vader (via erkenning of de vordering op grond van art. 340a B.W.) ofwel een «vermoede vader» (via de vordering op grond van art. 340b B.W.) kan hebben, ontstaan er moeilijkheden.

De onzekerheid bij het bewijzen van het vaderschap en wellicht andere beschouwingen nog hebben ertoe geleid twee soorten vaderschap in te voeren : België (1908) en Nederland (1909) waren aanhangers van de dualiteit van de vorderingen : «la grande action» en «la petite action» zoals de Zwitsers ze noemden. In de meeste van de ons omringende landen verdween die dualiteit : Duitsland, dat vnl. Zahlvaterschaft gekend had, opteerde in 1969 voor echt vaderschap ; Zwitserland, dat de dualiteit had voorgestaan, volgde het Duitse voorbeeld in 1976 en Nederland zweert sinds 1970 nog enkel bij het waarschijnlijk vaderschap. Frankrijk daarentegen sloeg de omgekeerde weg in, die naar de dualiteit : in 1972 heeft de «action à fins de subsides» zelfs een duidelijke zij het subsidiaire plaats naast het onderzoek naar het vaderschap gekregen. Naar de voorstellen in het Belgische ontwerp-Van Elslande te oordelen gaat België dezelfde weg op (de dualiteit van vorderingen was door de Ethische Commissie aanbevolen)¹, maar het is lang niet zeker dat de wetgever deze weg tot het einde toe volgen zal.

In de praktijk lijken er zelden of nooit moeilijkheden te rijzen door de dualiteit van vorderingen, om de eenvoudige reden dat onderzoek naar het vaderschap zelden voorkomt. Wel is er in de praktijk de dualiteit van «vaderschappen» : de confrontatie van echt vaderschap gegrond op erkenning

en vermoed of waarschijnlijk vaderschap heeft vanaf het begin voor aarzelingen gezorgd. Het dient te worden gezegd dat de rechtspraak vrij rechtlijnig de moeilijkheden heeft weten op te lossen.

2. Hoewel de wet de regel niet uitdrukkelijk verwoordt, lijdt het geen twijfel dat enkel het kind t.o.v. wie het vaderschap niet vaststaat een vordering op grond van art. 340b kan instellen (wettig kind : Rb. Marche-en-Famenne, 8 november 1969, *J.L.*, 1969-70, 94 ; erkend natuurlijk kind : Hof Gent, 1 juli 1953, *R.W.*, 1953-54, 1150). Deze stelling heeft impliciet steun gevonden in het arrest van het Hof van Cassatie van 6 juni 1975 (*Arr. Cass.*, 1975, 1066, noot A.T., *Pas.*, 1975, I, 964, noot A.T., *R.C.J.B.*, 1976, 283, noot F. RIGAUX, *J.T.*, 1976, 245), dat stelt dat de moeder van een wettig niet-ontkend kind van de man met wie zij heeft samengeleefd de nakoming kan vorderen van diens in een civielrechtelijke verbintenis omgezette natuurlijke verbintenis tot onderhoud en opvoeding van het bij haar verwekt kind : een dergelijke vrijwillig opgenomen verbintenis is immers te onderscheiden van de verplichtingen die op art. 340b B.W. steunen (vgl. noot F. RIGAUX).

Dit geldt zowel voor de vordering t.o.v. een derde (t.o.v. een persoon die niet de vader is) als, a fortiori, voor een vordering t.o.v. de natuurlijke vader zelf (Rb. Luik, 11 mei 1949, *Pas.*, 1949, III, 97 ; *J.L.*, 1948-49, 285 ; Rb. Marche-en-Famenne, 8 november 1969, *J.L.*, 1969-70, 94).

3. Als een kind een uitkering geniet op grond van art. 340b B.W. en nadien erkend (en eventueel gewettigd) wordt, vervalt de verplichting van de «vermoede vader» : het zekere vaderschap primeert het waarschijnlijke vaderschap.

De rechtspraak heeft van het begin af deze oplossing aangenomen (Hof Gent, 28 april 1926, *B.J.*, 1927, 70, *Rev. not.*, 1928, 741 ; Rb. Hoei, 3 februari 1927, *Pas.*, 1927, III, 106 ; Rb. Tongeren, 19 februari 1931, *Pas.*, 1931, III, 108, *B.J.*, 1931, 375, *J.L.*, 1931, 140, *Rev. not.*, 1931, 430 ; Rb. Namen, 18 december 1933, *Pas.*, 1934, III, 100, *B.J.*, 1934, 153, *J.L.*, 1934, 43 ; Hof Luik, 6 november 1934, *J.L.*, 1935, 162 ; Hof Luik, 17 maart 1938, *Pas.*, 1939, II, 130, *J.L.*, 1938, 194 ; Hof Luik, 26 december 1948, *Pas.*, 1948, II, 24, noot, *R.C.J.B.*, 1948, 278, noot RENARD, *J.L.*, 1947-48, 233, noot [wijzig Rb. Marche-en-Famenne, 13 december 1946, *J.L.*, 1947-48, 178] ; Hof Gent, 9 juli 1975, *R.W.*, 1975-76, 869).

De verplichting van de vermoede vader wordt door de erkenning evenwel niet retroactief opgeheven, bepaalt de rechtspraak (onder voorbehoud van wat onder nr. 4 zal worden gezegd) : de grond van zijn verplichting — de geslachtsbetrekkingen met de moeder — wordt niet tegengesproken door de vaststelling van het vaderschap.

Prof. RENARD heeft (in een noot bij Hof Luik, 26 februari 1948, *R.C.J.B.*, 1948, 278, op 281-293) getracht deze opvatting, dat met de erkenning (en slechts vanaf de erkenning) de verplichting van de vermoede vader ophoudt, een juridisch-logische basis te geven. In zijn optiek zou de verplichting van de vermoede vader herrijzen als de erkenning tenietgedaan werd vóór het kind de leeftijd van 18 jaar bereikt (RENARD, *o.c.*, p. 293).

Wanneer houdt de verplichting van de vermoede vader precies op ? Terwijl sommigen schijnen te stellen dat zulks gebeurt op de dag van de vraag tot afschaffing (Hof Gent, 28 april 1926, aangehaald ; Rb. Hoei, 3 februari 1927, aangehaald ; Tongeren, 19 februari 1931, aangehaald) : men eist m.a.w. een gerechtelijke afschaffing van de onder-

¹ Cf. M.-T. MEULDERS «La réforme du droit de la filiation en Belgique», *R.T.D.F.*, 1979, p. 5-72, op p. 27-29, nrs. 41-44 die het standpunt van de Commissie verdedigt maar de uitwerking ervan in het ontwerp bekritiseert.

houdsverplichting, — schijnt toch meer de neiging te bestaan aan te nemen dat de verplichting ophoudt op het ogenblik van de erkenning.

In elk geval kan dus de erkenner niet verplicht worden de vermoede vader terug te betalen wat deze betaald heeft vóór de erkenning (*anders* : Marche-en-Famenne, 13 december 1946 aangehaald, gewijzigd door Hof Luik, 26 december 1948, aangehaald). Is zulks wel te verzoenen met de stelling van het Hof van Cassatie (Cass., 2 juni 1978, *R.W.*, 1978-79, 904 ; *R.T.D.F.*, 1979, 78, noot J. RENCHON), op grond waarvan de vaststelling van het vaderschap onderhoudsverplichtingen vanaf de geboorte doet ontstaan ? M.i. wel : afgezien van het feit dat het hof zich uitsprak over het vaderschap gebaseerd op *pater is est* (over de retroactieve gevolgen van de erkenning inzake onderhoud kan, niettegenstaande er rechtspraak in bevestigende zin bestaat, zeker gediscussieerd worden), ging het om de verhouding *tussen twee ouders*, die t.o.v. elkaar een bijdrageplicht hebben, en niet tussen een ouder en een derde, die door een eigen verplichting tot onderhoud gehouden was.

4. Er wordt aangenomen dat op grond van art. 340b B.W. een uitkering mag worden gevorderd voor het verleden, vanaf de geboorte (Hof Gent, 29 maart 1923, *Pas.*, 1923, II, 121 ; Rb. Bergen, 9 januari 1931, *J.T.*, 1931, 226 ; *T. Vred.*, 1931, 483 ; Rb. Dendermonde, 11 juni 1932, *R.W.*, 1931-32, 705 ; Hof Brussel, 15 november 1954, *J.T.*, 1955, 624, noot)².

Volgt daar niet uit dat zelfs na erkenning een vordering tot verkrijgen van onderhoud dat betrekking heeft op de periode vóór de erkenning zou mogen ingesteld of voortgezet worden tegen de «vermoede» vader ?

Er zijn een paar gevallen bekend waarin de moeder getrouwd en haar natuurlijk kind gewettigd was nadat een andere dan haar echtgenoot veroordeeld was op grond van art. 340b B.W. (misschien Hof Luik, 27 maart 1925, *J.L.*, 1925, 217 ; Hof Luik, 28 april 1925, *J.L.*, 1925, 147 ; Hof Luik, 15 april 1930, *B.J.*, 1930, 342, *Rev. not.*, 1930, 442 ; Hof Luik, 17 maart 1938, *Pas.*, 1939, II, 130, *J.L.*, 1938, 194 ; Hof Gent, 1 juli 1953, *R.W.*, 1953-54, 1150).

In hoger beroep werd telkens de veroordeling tot betalen van onderhoudsgeld op grond van art. 340b B.W. ongedaan gemaakt. Het argument hiervoor lijkt steeds het declaratief karakter van de erkenning geweest te zijn. Dit kwam het duidelijkst tot uiting in Hof Luik, 17 maart 1938 (aangehaald), waar de eiser na de erkenning-wettiging zijn vordering beperkt had tot onderhoudsgeld voor de periode vóór de erkenning, maar niettemin geen succes had ; en in Hof Gent, 1 juli 1953 (aangehaald), dat stelde dat «het opvorderen van een uitkering tot levensonderhoud ten laste van de appellant [= vermoede vader], zelfs voor de periode tussen de bevalling en de wettiging indruist tegen de gevolgen van [de] erkenning door de tweede geïntimeerde».

De houding van de rechtbanken roept hier bemerkingen op.

² Het is hier niet de plaats om over de grond en de gegrondheid van deze retroactiviteit uit te weiden. Ze gaat in tegen het gemene recht inzake onderhoudsplicht, maar ze is vergelijkbaar met de «retroactieve» onderhoudsplicht van de ouder (cf. Cass., 2 juni 1978, aangehaald) en kan alleszins geen catastrofale gevolgen bewerken gezien de korte vervalttermijn (drie jaar na de geboorte of het staken van de hulp) van de vordering op grond van art. 340b B.W.

a) Enerzijds blijkt eruit dat niet alle rechtbanken steeds de retroactieve gevolgen van de erkenning ingeval er een vermoede vader voorhanden is, hebben willen uitsluiten.

b) Anderzijds valt het op hoe de declaratieve aard van de erkenning slechts werd ingeroepen om onderhoudsgeld op grond van art. 340b B.W. uitgesloten te achten dat nog niet effectief betaald was.

Ik neem dan ook de vrijheid te betwijfelen of, zoals prof. RENARD in zijn voornoemde noot schreef, in deze context het gezond verstand geen rol speelt en moet spelen en of men zich aan strikt logische constructies kan houden.

Eensdeels beslist men dat wat de vermoede vader tot aan de erkenning betaald heeft door hem niet van de erkenner teruggevorderd kan worden ; anderdeels beslist men dat de vermoede vader niet meer kan worden veroordeeld tot betaling als de erkenning plaatsgehad heeft (zelfs al gebeurt dit maar terwijl het hoger beroep hangende is). Beide houdingen zijn logisch moeilijk met elkaar te verzoenen, maar ze zijn beide gebaseerd op het gezond verstand.

De beslissing van het hof te Gent begrijpt men des te beter daar waarschijnlijk geen onderhoudsgeld van de vermoede vader tot op de dag van de erkenning gevraagd werd. Maar het argument, dat de vermoede vader niet kan worden veroordeeld wegens het declaratief gevolg van de erkenning, is minder gelukkig.

Eensdeels ondergraaft het argument de oplossing die aangenomen wordt ingeval de vermoede vader op het ogenblik van de erkenning al betaald had. Anderdeels zal het sommige personen die wensen te erkennen afschrikken, daar ze de kans lopen, dat van hen aanzienlijke achterstallen voor het verleden worden geëist.

Men mag hopen dat het Parlement bij de bespreking van het ontwerp over de afstamming de gevolgen van de erkenning in de tijd met precisie zal regelen, en erop zal letten dat de erkenning niet ruwweg retroactieve uitwerking toebedeeld zal worden.

Johan Pauwels

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

6e KAMER — 16 DECEMBER 1976

Voorzitter : de h. de Chaffoy de Courcelles

Openbaar ministerie : de h. Morrens

Advocaten : mrs. Bruneel en Marck

Hinder — Privé onroerend goed en openbare weg.

Burenhinder is mogelijk tussen een privé onroerend goed en de openbare weg.

R. t/ Gemeente Berchem

Overwegende dat de eis ertoe strekt verweerders te doen veroordelen om aan eisers te betalen de som van 500.000 fr. onder voorbehoud van vermeerdering in de loop van het geding, en te verhogen met de verwijsinteressen vanaf 13 maart 1972 en de gerechtelijke interesten en kosten ;

Overwegende dat eisers eigenaars zijn van de eigendom gelegen te Berchem, (...); dat zij aanvoeren dat dit eigendom in 1935 aangekocht werd als handelseigendom met garage; dat het voorzien is van een inrijpoort en een glooiing in de stoep is aangebracht;

Overwegende dat zij erop wijzen dat door wegenwerken, in de loop van 1971 en 1972 door verweerster uitgevoerd, alleen de stoep behouden werd en daarnaast een reling geplaatst daar de rijweg ongeveer 1 meter verlaagd is;

Overwegende dat deze nieuwe toestand het gevolg is van de verplaatsing van het station van Berchem naar de overzijde van de spoorbaan, de verbreding van de spoorbrug, de verbreding van de Posthoflei en de aansluiting met de nabijgelegen Singel en de autowegbrug, de modernisering en meteen de aanpassing van het kruispunt;

Overwegende dat eisers stellen dat door de handelwijze van verweerster hun eigendom zeer sterk is gedeprecieerd daar zowel de inrijpoort als de garage totaal onbruikbaar is geworden;

Basis van de vordering

Overwegende dat verweerster opwerpt dat art. 544 van het Burgerlijk Wetboek ter zake nooit kan dienen als grondslag van de vordering;

Overwegende dat burenhinder nochtans mogelijk is tussen een privé onroerend goed en de openbare weg;

Overwegende dat het evenwicht, zoals het vroeger bestond, onbetwistbaar verstoord is daar de rechtstreekse toegang tot het eigendom van eisers niet meer mogelijk is;

Overwegende dat er abnormale burenhinder blijkt uit de feitelijke nieuwe toestand voortspruitend uit de uitgevoerde werken welke verweerster toegeeft;

Overwegende dat verweerster weliswaar opwerpt dat het initiatief van de verlaging van het wegdek uitgegaan is van de Nationale Maatschappij van Belgische Spoorwegen;

Overwegende dat het geen belang heeft te weten van wie het initiatief of het verzoek is uitgegaan om de werken uit te voeren; dat verweerster de werken uitvoerde en zij voor de schadelijke gevolgen ervan moet instaan;

Dat verweerster zich kan keren tot de Nationale Maatschappij van Belgische Spoorwegen, doch dat eisers zich noodzakelijkerwijze moesten richten tot degenen die ter zake de schadeverwekkende feiten hebben veroorzaakt;

Wat de schade betreft

Overwegende dat de schade duidelijk blijkt uit het feit dat de vrachtwagens de woning niet meer kunnen bereiken; dat de garage niet meer gebruikt kan worden; dat men praktisch niet met een auto bij de plaats kan komen;

Overwegende dat mogelijk ook het eigendom een gedeelte van zijn handelswaarde heeft verloren, doch dat dit door een expertise zal dienen te worden uitgemaakt;

Overwegende dat in afwachting van het indienen van het verslag van de deskundige, het billijk is aan eisers een provisionele vergoeding van 20.000 fr. toe te kennen;

Om die redenen,

Veroordeelt verweerster om aan eisers te betalen een provisioneel bedrag van twintigduizend frank, en alvorens verder ten gronde te beslissen,

Stelt aan als deskundige (...) met als opdracht te zeggen welke de minderwaarde is die het eigendom van eisers

ondergaan heeft tengevolge van de uitgevoerde wegenwerken.

NOOT—Zie elders in dit nummer Hof Antwerpen, 30 april 1979, dat bovenstaand vonnis bekrachtigt.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

1e KAMER — 23 MAART 1979

Voorzitter : de h. Wauters

Rechters : de hh. Claesen en Lust

Advocaten : mrs. Legein en Soete

Onrechtmatige daad — Aansprakelijkheid — Zaken — Afremmen en blokkeren van toestel vasthangende aan een kabelbaan — Gebrek af te leiden uit de enkele abnormale gedraging van de zaak zelf.

Een zaak is gebrekkig naar haar aard en structuur wanneer zij — zij het vluchtig en voorbijgaand — haar normale functie niet kan vervullen, en aldus afwijkingen vertoont ten aanzien van het algemeen geldend standaardmodel.

Het gebrek mag ongetwijfeld afgeleid worden uit de enkele abnormale gedraging van de zaak zelf, zeker wanneer zelfs de bewaarder van de zaak — die zijn zaak toch uiteraad beter moet kennen dan een derde — niet bij machte is aan te tonen dat het ongeval niet door een technisch gebrek werd veroorzaakt.

V. t/ V.Z.W. Z.

(...)

II. Aangaande de grond

Betreffende het ter sprake gebracht ongeval werd geen strafdossier aangelegd, zodat de rechtbank slechts over weinig gegevens beschikt omtrent de precieze omstandigheden waarin het zich heeft voorgedaan.

Omtrent het sleutelgegeven nochtans zijn de partijen niet in betwisting: het toestel, waarmee langs de kabelbaan naar beneden wordt gegleden, is op een bepaald ogenblik afgeremd en geblokkeerd geraakt, zodat Karin S. op een hoogte van zes meter boven de grond is blijven hangen. Weinige tijd nadien is het kind gevallen met ernstige kwetsuren als gevolg.

De precieze technische oorzaak van dit blokkeren is niet wetenschappelijk uitgemaakt. Volgens eiseres zou dit te wijten zijn aan het loskomen van een beschermingsplaatje van de roulette, terwijl verweerster zich ertoe beperkt vast te stellen dat het toestel effectief geblokkeerd is geraakt, hoewel het nog net vóór de aanvang van het spel werd gecontroleerd en in orde bevonden, terwijl er zich ook nog nooit eerder een dergelijke blokkering zou hebben voorgedaan.

Een zaak is gebrekkig naar haar aard en structuur wanneer zij — zij het vluchtig en voorbijgaand — haar normale functie niet kan vervullen, en aldus afwijkingen vertoont ten aanzien van het algemeen geldend standaardmodel

(Cornelis, «Het gebrek van de zaak», *R. W.*, 1975-76, 2003 e.v.).

Uiteraard dient eiseres het bewijs aan te brengen van een dergelijk gebrek. Dit betekent echter niet dat eiseres als het ware op een wetenschappelijk onwrikbare wijze de precieze mechanische oorzaak van het gebrek moet kunnen aantonen. Ongetwijfeld mag het gebrek afgeleid worden uit de enkele abnormale gedraging van de zaak zelf, zeker wanneer zelfs de bewaarder van de zaak — die zijn zaak toch uiteraard beter kennen moet dan een derde — niet bij machte is aan te tonen dat het ongeval niet door een technisch gebrek werd veroorzaakt (Cass., 18 september 1970, *Pas.*, 1971, I, 47, *J.T.*, 1971, 94, *R.G.A.R.*, nr. 8702 ; Cass., 22 oktober 1970, *Pas.*, 1971, I, 167 ; Cass., 6 oktober 1972, *Pas.*, 1973, I, 139 ; Cass., 1 juni 1973, *Pas.*, 1973, I, 915 ; Cass., 3 mei 1974, *Pas.*, 1974, I, 914).

Nu niet betwist wordt dat tijdens het afdalen van de kabelbaan het toestel, waaraan Karin S. hing, onverwacht afremde en blokkeerde, — wat ongetwijfeld een abnormale gedraging van het toestel uitmaakte —, terwijl er geen enkel technisch gegeven aangebracht werd om te doen aannemen dat dit voorval niet door een technische storing is tot stand gekomen, moet aanvaard worden dat het kwestieus toestel — waarvan de vrijwillig tussenkomende partij de bewaarder is — met een gebrek was behept, zoals bedoeld in artikel 1384, lid 1, Burgerlijk Wetboek.

Eenmaal dit uitgemaakt is het evident dat het kind door het feit van dit blokkeren naar beneden is gestort. Het kind werd op onverwachte wijze in zijn normale glijbeweging gehinderd, zodat het volkomen normaal is dat het, in stilstand, zijn eigen gewicht niet meer dragen kon en ten gronde viel.

Eiseres bewijst derhalve wel degelijk een met de schade causaal gebrek. Enkel het bewijs, aan te brengen door de vrijwillig tussenkomende partij, van een toeval, een vreemde oorzaak of de eigen fout van het slachtoffer zelf, zou het aldus vastgestelde vermoeden van aansprakelijkheid kunnen doen wankelen, waarbij nog dient te worden opgemerkt dat zelfs een onoverkomelijke onwetendheid omtrent het gebrek aan de zaak, welke ook de oorsprong ervan moge zijn geweest, niet bevrijdend zou zijn (Cass., 12 februari 1976, *R.G.A.R.*, 1977, nr. 9814).

Enig bewijs van overmacht ligt niet voor, terwijl het enkele feit dat, beweerdelijk, een dergelijk blokkeren voorheen nog nooit is voorgevallen, op zichzelf geen toeval inhoudt, zoals bedoeld door artikel 1384, lid 1, Burgerlijk Wetboek. Een eigen fout van het slachtoffer is al evenmin bewezen, nu het kind het afdalingsijzer enkel heeft moeten loslaten omdat het zijn eigen gewicht niet meer kon dragen, en uit niets blijkt, zoals de vrijwillig tussenkomende partij beweert, dat het kind onmiddellijk het ijzer zou hebben losgelaten nog vóór de beweerdte aanwezige verantwoordelijke bewakers iets konden ondernemen om, hetzij het afdalingsijzer opnieuw te deblokkeren, hetzij het kind behoorlijk op te vangen. Ten deze beweert eiseres dat haar kind enige tijd ter plaats is blijven hangen en uiteindelijk het handvat uit vermoeidheid heeft moeten lossen. De vrijwillig tussenkomende partij, op wie de last drukt van de omverwerping van het hierboven vastgestelde aansprakelijkheidsvermoeden, bewijst de onjuistheid van deze aanvaardbare bewering niet.

(...)

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (2e Kamer), 10 april 1979

Verkeer — Snelheidsbeperking — Binnen bebouwde kom — Overgangsmaatregel van art. 85.1 Wegverkeersreglement.

Het bestreden vonnis (Corr. Veurne, 21 november 1978) heeft eiser veroordeeld wegens overtreding van art. 11.1 Wegverkeersreglement. Hij voert aan dat hij bij het verlaten van de bebouwde kom wel een teken F3 ontmoette, dat het verlaten van de bebouwde kom aangaf, en iedere groep huizen die zich daar juist voorbij zou kunnen bevinden niet meer kan worden beschouwd als bebouwde kom.

«Overwegende dat artikel 11.1 van het Wegverkeersreglement bepaalt dat binnen de bebouwde kommen de snelheid tot 60 kilometer per uur beperkt is ; dat, overeenkomstig artikel 2.11 van hetzelfde reglement, een 'bebouwde kom' een gebied is met bebouwing en waarvan de invalswegen aangeduid zijn met de verkeersborden F1, en de uitvalswegen met de verkeersborden F3 ; dat artikel 85.1 bij wijze van overgangsmaatregel bepaalt dat, tot op de inmiddels tot 1 januari 1980 verlengde datum, eveneens als bebouwde kom wordt beschouwd elke groep woningen die zodanig langs de openbare weg gelegen zijn dat deze eruitziet als een straat ; dat uit het gebruik van het woord 'eveneens' blijkt dat, tot op de uiteindelijke vervaldatum, buiten de gebieden overeenkomstig artikel 2.11 van het Wegverkeersreglement aangeduid met de verkeersborden F1 en F3, het begrip 'bebouwde kom' ook geldt op de plaatsen die aan de omschrijving van artikel 85.1 van hetzelfde reglement beantwoorden ; dat tot op die vervaldatum er derhalve plaatsen zijn waar het begrip 'bebouwde kom' van toepassing is, hoewel op andere plaatsen reeds de verkeersborden F1 en F3 zijn aangebracht ; dat het vonnis, dat vaststelt dat het feit plaats had op 22 oktober 1977 en dat beslist 'dat de overgangsmaatregelen precies de gevallen regelen zoals deze, namelijk dat tegelijkertijd een bebouwde kom kan worden aangeduid door zijn uitzicht als straat en na het verstrijken van de overgangperiode enkel en alleen nog door de agglomeratieplaat F1 en F3, derhalve een juiste toepassing maakt van deze reglementaire bepalingen.»

(Voorzitter : ridder de Schaetzen—Raadsheer-rapporteur : de h. Boon—Advocaat-generaal : mevr. Lieken-dael—In de zaak : W.)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 24 april 1979

Verkeer — Richtingsverandering — Naar links afslaan om aan de linkerkant van rijbaan een privé-parkeerterrein op te rijden — Toepasselijke bepaling.

Het bestreden vonnis (Corr. Antwerpen, 19 januari 1979) heeft eiseres, die aanvoerde dat haar rijbeweging onder toepassing van art. 19 Wegverkeersreglement viel, veroor-

deeld op grond van art. 12.4, en voorts beslist dat verweerder niet verplicht was rechts in te halen.

«Overwegende dat de beweging die erin bestaat naar rechts of naar links af te slaan om de rijbaan te verlaten of om zijn voertuig aan de linkerzijde van de rijbaan tot staan te brengen, beheerst wordt door artikel 19 en niet door artikel 12.4 van het Wegverkeersreglement, zelfs indien de bestuurder de voorschriften van het eerste artikel niet in acht neemt.

«Overwegende dat het vonnis vaststelt dat eiseres 'verklaarde dat zij op ongeveer honderd meter vóór de schoenwinkel op nummer 26 haar linker richtingslicht ontstak en zich van de rechterrijstrook naar de middenrijstrook begaf om nadien naar links af te draaien met de bedoeling de parking vóór de winkel op te rijden' en vervolgens oordeelt 'dat beide manoeuvres voorzien zijn bij artikel 12.4 van het Wegverkeersreglement, het veranderen van rijstrook en oprijden van een private parking' ;

«Overwegende dat het vonnis, dat stoelt op de onjuiste stelling dat de door eiseres beschreven rijbeweging en verandering van rijstrook en het oprijden van een private parking uitmaakt in de zin van artikel 12.4 van het Wegverkeersreglement, zijn beslissing niet wettelijk verantwoord.»

(Voorzitter : ridder de Schaetzen—Raadsheer-rapporteur : de h. Boon—Advocaat-generaal : de h. Colard—Advocaten : mrs. Theunis en Van Roy—In de zaak : V. t/ A.).

Rb. Tongeren (1e Kamer), 5 februari 1979

Handelshuur — Weigering van huurhernieuwing — Pluraliteit van redenen — Primaire en subsidiaire redenen — Subsidiaire redenen slechts in aanmerking te nemen voor zover de redenen in hoofdorde afgewezen werd of de verhuurder ervan heeft afgezien.

Op de aanvraag tot huurhernieuwing van appellante antwoordde geïntimeerde bij aangetekend schrijven van 15 april 1975 dat zij de huurhernieuwing weigerde, enerzijds omdat het pand totaal verwaarloosd was, de huurder heeft nagelaten de nodige onderhoudswerken uit te voeren en hij het gehuurde goed niet gebruikt heeft als een goed huisvader (art. 16, I, 4°, Handelshuurwet), anderzijds omdat zij van plan was het gehuurde goed te laten gebruiken door een van haar nabestaanden (art. 16, I, 1°, Handelshuurwet). In hetzelfde schrijven stelde geïntimeerde dat er geen uitwinningvergoeding verschuldigd was omdat de weigering tot huurhernieuwing gebaseerd is op art. 16, I, 1°, Handelshuurwet, terwijl zij subsidiair art. 16, I, 4°, Handelshuurwet als reden opgeeft.

Op 30 juni 1976 verkocht geïntimeerde tegen betaling van een lijfrente het pand aan de zoon van haar broer, met behoud van een levenslang recht op inwoning in het verkochte huis. Bij het verstrijken van de huurovereenkomst op 31 mei 1976 vroeg appellante drie jaar uitwinningvergoeding omdat geïntimeerde het pand zelf niet betreft.

De eerste rechter (Vred. Tongeren, 22 september 1977) heeft deze vordering afgewezen op grond van de overwegingen dat de verhuurder verscheidene redenen van weigering

van huurhernieuwing mag invoeren, dat alle ingeroepen motieven gelijkwaardig zijn en dat appellante, nu zij geen procedure tot betwisting van de reden, bedoeld in art. 16, I, lid 4, Handelshuurwet heeft ingeleid binnen dertig dagen, vervallen is van het recht op huurhernieuwing.

Dit vonnis wordt vernietigd in hoger beroep :

«Overwegende dat vaststaat dat de verhuurder meer dan één reden mag invoeren om huurhernieuwing te weigeren ;

«Dat bij pluraliteit van redenen de verhuurder echter de verplichting heeft een keuze te doen tussen de mogelijke redenen die hij kan laten gelden ;

«Dat, voor zover de eerst ingeroepen reden wordt afgewezen of naar de mening van de verhuurder niet zou slagen, hij het recht heeft een andere reden in te roepen, doch zulks alleen binnen de gestelde termijn van drie maanden na ontvangst van de aanvraag tot huurhernieuwing van de huurder ;

«Dat zoals in casu, de verhuurder in zijn antwoord op de aanvraag tot huurhernieuwing meer dan één reden tegelijkertijd mag invoeren, de ene primair en de andere subsidiair, op voorwaarde dat er geen tegenstrijdigheid bestaat tussen de twee ;

«Dat dan de subsidiair ingeroepen reden van weigering slechts in aanmerking komt, voor zover de primair ingeroepen reden werd afgewezen of de verhuurder ervan heeft afgezien en zulks dan nog binnen de nuttige termijn ;

«Dat de huurder inderdaad de mogelijkheid moet hebben de ingeroepen reden te onderzoeken en eventueel een procedure ter betwisting ervan in te leiden voor de bevoegde vrederechter ;

«Dat bij gelijkwaardigheid van redenen de huurder gedwongen zou zijn een uitzichtloze procedure van betwisting te voeren tegen een in subsidiair orde aangevoerde reden, enkel en alleen om zijn rechten te vrijwaren, voor zover de hoofdreden niet in acht genomen zou worden ;

«Overwegende dat derhalve, aangezien geïntimeerde niet heeft afgezien van de hoofdreden, gebaseerd op art. 14, I, 1°, Handelshuurwet, en deze reden ook niet werd afgewezen, enkel moet worden nagegaan of geïntimeerde hetzij persoonlijk en werkelijk het gehuurde goed in gebruik heeft genomen of het op die wijze in gebruik heeft doen nemen door de op beperkende wijze in art. 16, I, 1°, Handelshuurwet opgesomde bevoorrechte personen ;

«Overwegende dat geïntimeerde het goed, op 30-6-76 tegen betaling van een lijfrente verkocht heeft aan de zoon van haar broer met behoud van een levenslang recht op inwoning in het verkochte huis ;

«Dat de koper in casu niet behoort tot de aangehaalde bevoorrechte personen ;

«Dat het behoud van een recht op inwoning geenszins gelijkstaat met het goed persoonlijk en werkelijk in gebruik nemen, in de zin van art. 16, I, 1° ;

«Dat de nieuwe eigenaar inderdaad, mits hij het recht op inwoning respecteert, over het goed mag beschikken en het beheren naar eigen goeddunken ;

«Overwegende dat, nu de weigering tot huurhernieuwing dateert van 24-1-1975 en de verkoop van 30-6-76, vaststaat dat geïntimeerde niet gedurende ten minste twee jaar het voornemen, op grond waarvan zij appellante uit het goed heeft kunnen zetten, heeft uitgevoerd ;

«Dat appellante dan ook aanspraak kan maken op een vergoeding gelijk aan drie jaar huur, overeenkomstig art. 25, 3, Handelshuurwet.»

(Voorzitter : de h. Dupain—Rechters : de h. Deckers en mevr. Jadoul—Advocaten : mrs. Ruiters, Jageneau en Smets—In de zaak : N.V. Brouwerij Van A. t/ W.)

NOOT—Zie hierover : A. PAUWELS, *Handelshuur*, A.P.R., nrs. 358-359 ; J.H. HERBOTS en A.M. STUBBE-PAUWELS, «Overzicht van rechtspraak (1969-1974) — Bijzondere contracten», *T.P.R.*, 1975, 1034, nr. 177.

Vred. Diest (2e Kanton), 7 februari 1979

Handelshuur — Herziening van de huurprijs — Nieuwe omstandigheden — Algemene stijging van de levensduurte en van de huurprijzen.

«Ingevolge overeenkomst van 15 december 1972 huurt verweerster van eiseres een huis, dienstig als café. De huur nam een aanvang op 15 december 1972 en de huurprijs bedraagt op heden 2.500 fr. per maand zoals dit het geval is vanaf het begin.

«Op grond van artikel 6 van de wet op de handelshuurovereenkomsten vordert eiseres nu de aanpassing van de huurprijs tot 8.000 fr. per maand vanaf 15 december 1978.

«Verweerster stelt vooreerst dat de inleidende dagvaarding nietig is omdat eiseres bij haar aanvraag tot herziening zich er toe zou beperken een algemene vermelding te doen van de staat van nieuwe omstandigheden zonder deze nader te preciseren. Subsidiar betwist verweerster de gegrondheid van de vordering, beweerend dat niet bewezen is dat de normale huurwaarde ten gevolge van nieuwe omstandigheden ten minste 15 % hoger is dan de in de overeenkomst bedongen huurprijs.

I. Nietigheid van de dagvaarding

«Dit verweermiddel kan niet aangenomen worden omdat eiseres

als nieuwe omstandigheden uitdrukkelijk verwijst naar de algemene stijging van de levensduurte en van de waarde van de onroerende goederen alsmede van de huurprijzen van de winkelhuizen ter plaatse ;

aldus voldoende preciseert op welke omstandigheden zij zich beroept. Deze omstandigheden zijn trouwens als voldoende nieuw te beschouwen omdat de algemene stijging van de huurprijzen een gevolg is van de hollende inflatie die op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst door niemand kon worden voorspeld. Daarenboven dient er ter zake op gewezen te worden dat de huurprijs abnormaal laag voorkomt en het argument van eiseres, dat de huurwaarde van de handelshuizen ter plaatse aanzienlijk is gestegen, dus op zichzelf reeds voldoende is om als nieuwe omstandigheid onderzocht te worden.

II. Ten gronde

«Het is op heden inderdaad niet bewezen — hoewel waarschijnlijk — dat de huurwaarde ten minste 15 % hoger ligt dan bedongen in de overeenkomst. Daar er echter, zoals boven vermeld, voldoende nieuwe omstandigheden aanwezig zijn om te veronderstellen dat de huurwaarde aanzienlijk gestegen is, dient desbetreffende een plaatsopneming te worden bevolen in aanwezigheid van een deskundige.»

(Rechter : de h. Onclin—Advocaten : mrs. Berghs en Celis—In de zaak : P. t/ N.V. V.)

WETGEVING

DE LANDBOUWVENNOOTSCHAP

1. De wet van 12 juli 1979 tot instelling van de landbouwvennootschap (L.V.) verscheen in het Staatsblad van 6 september 1979. »De boeren, ten minste toch hun bond en hun vrienden in het parlement, hebben reden om tevreden te zijn.

Onvrede is er ook. Vandeputte gaf daarvan al uitdrukking in De Standaard. Ook hierna volgen opmerkingen uit onvrede. Daar zijn drie redenen voor. In de eerste plaats is er de totstandkoming van de wet. De landbouwondernemers

krijgen «hun» op maat gemaakte vennootschap terwijl het Groot Ontwerp tot herziening van de Vennootschapswet, al jaren of, vooralsnog in de schuif blijft. Dat Groot Ontwerp moet de nodige nieuwe structuur bezorgen voor alle ondernemingen die in vennootschapsvorm zijn georganiseerd. In de tweede plaats is er de aangewende techniek : het instellen van een apart type van vennootschap bij aparte wet. Of, en in welke mate, regelingen van de algemene wet en rechtspraak desbetreffend in zo'n geval ter aanvulling en ter interpretatie dienstig zijn is altijd weer de vraag. In de derde plaats zijn er de kunstgrepen die nodig geacht werden om de landbouwvennootschap te organiseren. (*)

Boerenbelang

2. Allereerst is er de totstandkoming van de wet. De in-

(*) De verslagen van de Senaatscommissie die verder geciteerd worden, zijn : *Parl. Stukk. Sen.*, 1977, nr. 49-2 : Eerste verslag, en, 1979, nr. 15-2 ; Tweede verslag.

dieners van de voorstellen die tot deze wet hebben geleid kan men het niet verwijten dat ze met ijver gewerkt hebben aan de oogst. Van de wetgever als dusdanig mag echter verwacht worden dat hij, bij het «geven» van wetten niet kennelijk de belangen van één groep laat voorttrekken en de belangen van andere groepen achteruitstelt. Hoezeer dit een punt van wetgevingspolitiek is blijkt uit de zorg voor het evenwicht in regeerakkoorden en vooral uit de, tot garantie van de uitvoering van deze akkoorden, gestelde eis van parallele behandeling van wetsinitiatieven (daaronder ook de «pakketten»: de herstelwetten, de anti-crisiswet en de nu jaarlijkse programmawet). Terwijl de landbouwondernemers (zij het vijf jaar na het eerste wetsvoorstel) «hun» vennootschap krijgen blijft het Groot Ontwerp steken (de blokkade daarvan was een tijdlang overigens te wijten aan de onvrede van de vakbonden die met het Groot Ontwerp ook de organisatie van de werknemersbelang in de onderneming wilden geregeld zien). Aan dat Ontwerp wordt sinds het begin der vijftiger jaren gewerkt; sedert 1976 is het werk «af». De nieuwe wet moet de vennootschappen de nodige nieuwe structuur bezorgen, o.m. de nieuwe bestuurs- en toezichtsregeling in de N.V.; het bevat voorzieningen voor stemrechtvereenkomsten, volmachten, proportionele vertegenwoordiging e.a.: constructies die in het belang van de vennootschap nodig kunnen zijn en waaromtrent nu nog onzekerheid heerst; het ontwerp regelt moeder-en dochterverhoudingen en geeft een grondslag voor de tussenkomst van de Bankcommissie in zaken van beleggersbescherming. Het gaat om regelingen die steeds meer en meer nodig worden.

De landbouwvennootschap moest er komen omdat onze vennootschapswet thans niet in de passende structuur voorziet. Maar heeft men wel goed gekeken naar het Groot Ontwerp? Volledig maatwerk biedt een wet aan geen enkele onderneming; en als men de L.V.-regeling voor uitgangspunt neemt dan kan men slechts vaststellen dat die ook in het Groot Ontwerp, en binnen één vennootschaps-type daarvan, niet te verwezenlijken valt. Maar was het nodig? Kon men met de commanditaire, met de nieuwe structuur van de P.V.B.A., met de nieuwe vennootschap met veranderlijk kapitaal niet een heel eind opschieten en dan, in de schoot van landbouworganisaties, modelstatuten maken? Die vragen hoeven nu geen antwoord meer. De L.V. is er, met een bescherming van de landbouwondernemer tegen zijn kapitaalverschaffer. Alleen, de wet maakt van de L.V. niet het exclusieve vennootschaps-type voor landbouwondernemingen. Wie zijn kapitaalverschaffers niet kan overreden om voor de L.V. te kiezen moet alsnog naar de andere, traditionele types... en kan dan wachten op het Groot Ontwerp. De minister van Justitie heeft op al deze punten gewezen in de senaatscommissie. (Tweede verslag, blz. 2 e.v.). Met grote eigenzinnigheid heeft de commissie van Landbouw deze opmerkingen naast zich neergelegd met als enig antwoord: het Boeren Belang

Ieder z'n Wet

3. De L.V. kwam er bij aparte wet. Dergelijke techniek biedt altijd een dubbel nadeel. In de eerste plaats is het niet duidelijk of, en in welke mate, de algemene wet ter aanvulling en ter interpretatie dienstig kan zijn. De L.V.-wet bevat wat dit betreft geen algemene verwijzingsregel. In L.V. statuten kan desgevallend een verwijzingsclausule opgenomen worden. In de tweede plaats gaat men bij het op-

stellen van zo'n bijzondere wet uit van de stand van de algemene wetgeving op dat ogenblik. Bij latere wijziging van de algemene wet volgt doorgaans geen aanpassing van de bijzonder wet. Hoewel men, met zulke bijzondere wetsinitiatieven, iets nieuws maakt sluit men terzelfdertijd verdere vernieuwing uit. Ook hierop werd door de minister van Justitie gewezen. Voorbeelden mogen dit duidelijk maken. Allereerst wat de aanvulling betreft. In de L.V.-wet is geen regeling getroffen voor het geval een stille vennoot zich, in strijd met de wet, openlijk mengt in het bestuur van de vennootschap. In het verslag van de Senaatscommissie wordt n.a.v. art. 21 L.V. gewezen op de «analogie» met de artikelen 22 en 23 Venn.-W, de regeling ter zake voor de commanditaire. Luidens het eerste verslag (blz. 13) moet de stille vennoot zich dan ook onthouden van iedere beheersdaad «zo niet zullen de sancties genoemd in bedoelde artikelen onverminderd gelden» (bedoeld: art. 23 Venn.-W.). Is dat nu zo? Zal ieder aannemen dat terwille van de «analogie» de zware «sanctie» van hoofdelijk gehouden te zijn voor de verbintenissen die men mee tot stand bracht zal gelden? De oplossing voor deze «sanctie» lijkt wel goed maar moet die ook intreden niet alleen wanneer de stille vennoot zich ten onrechte openlijk mengt in het bestuur, maar ook wanneer, zoals artikel 22 Venn.-W. het bepaalt, de stille vennoot optreedt krachtens volmacht? Overigens mag opgemerkt worden dat de senaatscommissie de analogie met de commanditaire niet meer wilde doortrekken toen de minister van Justitie vroeg waarom de behorende vennoten wel onbepaald maar niet hoofdelijk, zoals in de commanditaire, gehouden zijn (Tweede verslag, blz. 7 - zie art. 4 L.V.). Een voorbeeld i.v.m. verdere vernieuwing. Artikel 22, lid 3, L.V. bepaalt dat o.m. het ontbreken van een statutair voorgeschreven toestemming vanwege de vergadering der stille vennoten, voor bepaalde beslissingen van de zaakvoerders, niet aan derden kan tegengeworpen worden, zelfs indien de statutaire regeling openbaar gemaakt is. Hiermee volgt men artikel 54, lid 3, Venn.-W. (eerste richtlijn). Aangenomen wordt dat derden die kennelijk te kwader trouw zijn zich niet op dit artikel kunnen beroepen (hieromtrent: J. Ronse, De vennootschapswetgeving 1973, nrs. 289 en 327). Dat is echter niet met zoveel woorden in de wet neergelegd. In de toekomst zal dit wel het geval zijn, ten minste voor het hier bedoelde geval van ontbreken der statutair vereiste toestemming van een ander vennootschapsorgaan. Artikel 10, lid 4, van de structuur-richtlijn (voorstel 5° richtlijn, geldend voor de N.V. maar met algemene roeping) bepaalt dat zulke ontbreken kan ingeroepen worden tegen derden die daarvan op de hoogte waren of daarvan, gezien de omstandigheden, niet onkundig konden zijn. Zal men later, bij de invoering van de vijfde richtlijn, art. 22, lid 3, L.V. wijzigen of zal de rechtspraak dit artikel in deze zin interpreteren?

Boeren-Burgerlijk

4. En dan zijn er in de derde plaats de bepalingen van de wet zelf.

Lezing van de wet kan een bedrieglijke indruk verwekken. Voor deze «burgerlijke» vennootschap neemt men de vlot verkeer dienende, «nieuwe» bepalingen van de eerste vennootschapsrichtlijn (openbaarmaking van akten - hoewel niet consequent: zonder «dossier» -, nietigheid ex nunc, bestuur en vertegenwoordiging ...) of van de aanpassingswet 1973 (bijv. art. 8, lid 2, L.V.), men neemt alvast

bepalingen over van het «komend» recht, het Groot Ontwerp (bijv. art. 13 L.V. : art. 76 en 153 G.O.), de wet is geschreven in de taal van de recente vennootschapswetgeving. Het is allemaal goed. Maar echt vernieuwend is het niet. Al jaren wordt aangedrongen op het opheffen van het onderscheid tussen koopmansbedrijven en andere ondernemingen ; waar dat niet doenbaar lijkt wil men ten minste bepaalde ondernemingen terwille van hun organisatievorm aan handelsrechtelijke regelen onderwerpen, bijv. bepaalde vennootschapstypes als handelsvennootschap aanmerken (vgl. art. 1, § 3, 1^o, G.O.) ; faillissement is ook voor niet als koopmansbedrijf aangemerkte ondernemingen nuttig ; de plicht jaarrekeningen bekend te maken geldt al ongeacht het commercieelrechtelijk karakter van het bedrijf. Ondanks het aandringen van Justitie (tweede verslag, blz. 3), wordt hier, in de L.V. wet, het oude onderscheid daden van koophandel en andere nog eens bevestigd ; de L.V. is een vennootschap naar burgerlijk recht, haar organisatie is voor de wetgever niet van die aard dat ze terwille van de vorm als handelsvennootschap moet aangemerkt worden ; faillissement is niet mogelijk gemaakt ; jaarrekeningen hoeven niet openbaar gemaakt (geen neerlegging ter griffie).

Van inbreng en vermogensvermenging : het bestaat.

5. Lezing van de wet zal menigeen ook de wenkbrauwen doen fronsen. In de L.V. is het mogelijk dat iemand vennoot wordt zonder inbreng te doen. Wie zich tegenover de vennootschap verbindt om vijftig procent van zijn arbeidstijd, lichamelijke arbeid, te verrichten door exploitatie van een landbouwbedrijf in een L.V. is beherend *vennoot* (art. 10 ; art. 9, 5 L.V.). Die verbintenis kan echter niet als inbreng gelden (art. 7), en inbreng die wel als dusdanig beschouwd wordt hoeft de beherende vennoot niet te doen. Zou hieromtrent twijfel kunnen rijzen als men alleen artikel 10 L.V. leest (de verbintenis *van een vennoot* tot het verrichten van lichamelijke arbeid verleent hem het statuut van beherend vennoot) dan wordt die twijfel weggenomen door art. 26, § 1, laatste lid, dat uitdrukkelijk aan de beherende vennoten het recht geeft de vergadering van de stille vennoten (de houders van aandelen) bij te wonen, «zelfs indien zij geen aandelen hebben» (het verkrijgen van aandelen volgt, en volgt slechts, uit het doen van inbreng). Hoe kan dit nu ? Men maakt een vennootschapstype waarin sommige vennoten arbeid presteren, daartoe uitdrukkelijk verplicht zijn. Terzelfdertijd moet die vennootschap een minimumvermogen hebben waarop geëxecuteerd kan worden, in vennootschapstermen : een minimumkapitaal. Dan doet men er goed aan in bepalingen te voorzien m.b.t. het kapitaal en verder onderscheid te maken tussen inbreng die wel en inbreng die niet kan in aanmerking genomen worden voor de kapitaalsvorming. Inbreng die naar economische maatstaven waardeerbaar is zal bijdragen tot de kapitaalsvorming ; arbeid wordt niet als dusdanig aangemerkt maar kan wel ingebracht worden (vgl. de oplossing, bevestigd door de Comm. Venn. Aand. in Frankrijk : Hémard-Terré-Mabilat, *Sociétés commerciales*, II, 1974, nr. 2296). Hoe men het ook van plan was in de L.V., men kon dit probleem eerst niet zien omdat de senaatscommissie een flater beging. De commissie maakte niet het onderscheid tussen het kapitaal van de vennootschap, minstens preferentieel executie-object, en het gehouden zijn van sommige

vennoten tot de verbintenissen van de vennootschap (bekend van de Comm. Venn. Aand. en in de sanctieregelingen van art. 35, 1^o en 6^o, Venn.-W.). Omdat de zaakvoerders onbeperkt gehouden zijn tot de verbintenissen van de vennootschap is de L.V., aldus de commissie, «geen vennootschap met een bepaald kapitaal» (Eerste verslag, blz. 9) ! En daarom schrapte men «kapitaal» en verving dat door «inbreng». Aldus vereist artikel 6, 3^o, dat de vennoten zich moeten verbinden een inbreng van, in het geheel, minstens 250.000,-fr. te doen, niet dat de L.V. een minimumkapitaal van 250.000 fr. moet hebben ; aldus wordt in artikel 7 de toelaatbare inbreng omschreven met de woorden die in de tweede richtlijn (art. 7) worden gebruikt om de vermogensbestanddelen te omschrijven die voor de vorming van het geplaatst kapitaal in aanmerking worden genomen (zie echter art. 32, lid 4, verw. naar art. 140 Venn.-W.). Alleen zulke inbreng is mogelijk. De zaakvoerder gaat tegenover de vennootschap de verbintenis aan lichamelijke arbeid te presteren en zulks maakt hem luidens de wet tot (zaakvoerende) vennoot (art. 10, 1 en 3) : wat is zulke verbintenis, in die omstandigheden, anders dan inbreng ... ware het niet dat artikel 7 dit uitdrukkelijk ontkent ? Nadat, bij de tweede behandeling in de senaatscommissie (Tweede verslag, blz. 5) ook dit punt van inbreng aan de orde was gesteld door Justitie, bleef «Landbouw» volhouden.

Een tweede zaak. Artikel 36 bepaalt dat «voor de toepassing van de pachtwet de exploitatie als beherend vennoot in een landbouwvennootschap gelijkgesteld is met persoonlijke exploitatie. Dit geldt zowel ten aanzien van de pachter als van de verpachter wier rechten en verplichtingen onverkort blijven voortbestaan». Hoe gaat dit nu ? Wie pachter is en een L.V. sticht waarin hij arbeid presteert kan exploiteren in een landbouwvennootschap. Zijn rechten als pachter kan hij echter niet inbrengen (art. 7). Als de verpachter ook vreemd blijft aan de L.V. exploiteert de pachter «zijn» pacht, *persoonlijk, als zaakvoerder in de L.V.* Van vermogensvermenging gesproken !

Wenkbrauwen fonsen is in dit verband uiting van bezorgdheid om juridische stijl en traditie, om juridische waarden. Dat duidt meteen de grens aan van deze kritiek. Al bevat een wetsbepaling een juridische «draak», als ze duidelijk is dan is er — op korte termijn — alleen wat aan de hand voor de jurist. Vraag niet *hoe* het bestaat, het *bestaat* !

Besloten Commanditaire op Aandelen

6. De nieuwe vennootschapsvorm biedt, in het algemeen gezien, een goede structuur voor het familiebedrijf, vooral voor het familiebedrijf in de tweede generatie. Men kent de traditionele probleemstelling : man en vrouw hebben een zaak opgezet ; dat is eigenlijk hun hele vermogen ; voor de opvolging in (het bestuur van) de zaak komt een van de kinderen in aanmerking, «de oudste die altijd in de zaak werkte» ; de andere kinderen, «die mochten studeren of goed getrouwd zijn», moeten hun deel — in natura — krijgen, van wat hun erfenis zal zijn. In de traditionele vennootschapstypes is het, terwille van de strikte binding tussen patrimonieel belang en zeggenschap, nauwelijks mogelijk om aan alle kinderen hun deel te geven en terzelfdertijd te voorkomen dat er al te veel inmenging is van de uit het bestuur te sluiten vennoten. Het kan : in de commanditaire vennootschappen maar daar geldt het onbeperkt gehouden

zijn van de zaakvoerder en verder is de commanditaire op aandelen principieel, voor de aandeelhouders, een open vennootschap (vrije overdracht van aandelen); hoe dan ook vereist het terwille van de summere wettelijke regeling veel, en ingewikkeld, statutenwerk. Nog het best kan het door de voordelen van de commanditaire, de verhouding tussen zaakvoerder en stille vennoten of aandeelhouders, te verbinden met de voordelen van de P.V.B.A., beperkte aansprakelijkheid en besloten karakter (bijv. een «Belgische» GmbH & Co, *Beleid*, V.E.V., 1973, nr. 5, blz.3). Eens de «kleine waarheid» van de beperkte aansprakelijkheid doorbroken (J. Ronse's *Mededeling voor de Academie, Letteren*, 1978, nr. 2) blijft het probleem de openheid van de commanditaire op aandelen en het statutenwerk. En dat is nu precies wat met de L.V. werd gedaan: de L.V. is een atypische commanditaire op aandelen, een commanditaire op aandelen met besloten karakter, waarvoor de L.V.-wet bepalingen bevat die in de wet ontbreken en die anders in de statuten moesten staan. Met deze «besloten commanditaire op aandelen» heeft men eerlijk de lessen getrokken van het feit dat «praktisch alle P.V.B.A.'s en de meeste N.V.'s die een besloten of familiaal karakter bewaard hebben, in werkelijkheid functioneren als commanditaire vennootschappen waarvan de zaakvoerders hoofdelijk en onbeperkt aansprakelijk zijn», aldus J. Ronse (*art. cit.*, blz. 22, mede onder verw. naar Coppens), en dan ook consequent zo'n regeling uitgewerkt. Van de commanditaire heeft ze de onbeperkt gehouden vennoten enerzijds, de stille vennoten of aandeelhouders anderzijds (vgl. art. 4 L.V. en art. 51 G.O.) welke laatsten slechts gehouden zijn tot hun inbreng (zie ook art. 4, lid 2, L.V. - art. 59 G.O. - art. 21, lid 2, Venn.-W.), de regel dat als zaakvoerders slechts onbeperkt gehouden vennoten (gecommanditeerden) kunnen optreden en dat alle gecommanditeerden zaakvoerder zijn (in principe; vgl. art. 20 L.V. en art. 56 G.O.) verder ook het veto van de zaakvoerder in bijzondere beslissingen van de algemene vergadering (van aandeelhouders) (vgl. art. 113 Venn.-W. en o.m. art. 26, § 2 L.V.) en het inzage-recht van de stille vennoten-aandeelhouders (art. 25 L.V. - (art. 58 G.O.) Van de P.V.B.A.; in het Groot ontwerp B.V.B.A.: Besloten Vennootschap geheten, heeft de L.V. de aandeelregeling: aandelen op naam die slechts in beperkte kring vrij overdraagbaar zijn (vgl. art. 15 L.V. en art. 156, lid 2 G.O. - art. 126, lid 2 Venn.-W.) en voor het overige het voorwerp uitmaken van een recht van voorkoop ten voordelen van vennoten. In de L.V. geldt dit recht van voorkoop allereerst ten voordele van de zaakvoerders (art. 7; vgl. ook art. 16, lid 1: overnameplicht voor de vennoten die zich tegen een overdracht verzetten na niet-uitoefening van het recht van voorkoop van de zaakvoerders); in de B.V.B.A. geldt dit recht voor alle vennoten (art. 156, lid 1) maar kan een voorrangregeling bij het voorkooprecht (bijv. eerste de zaakvoerders) statutair voorzien zijn (art. 157, laatste lid, G.O.). De overdrachtregeling voor aandelen in de L.V. is een combinatie van blokkaderegeling zoals die vaak in besloten gemaakte N.V.-en voorkomt en het voorkooprecht van de B.V.B.A. Ook de dividendregeling in de L.V. lijkt geïnspireerd op de B.V.B.A.: artikel 152, lid 2, G.O. laat toe te voorzien dat aan de aandelen waarvan de houders geen bestuursbevoegdheid hebben een bevoorrecht dividend kan toegewezen worden (vgl. art. 28, 2°, L.V.). Verder regelt de L.V.-wet, zoals gezegd, zaken die terwille van de summere wettelijke voorzieningen voor de commanditaire vennootschap anders statutair moeten uit-

gewerkt worden. Naast de voorziening voor collegiaal bestuur valt hier vooral te vermelden de uitwerking van het «vetorecht» van de zaakvoerder door het organiseren van vergaderingen van stille vennoten enerzijds (de «algemene vergadering» in de Comm. Venn. Aand.), van stille vennoten en zaakvoerders anderzijds (art. 26).

De kleine waarheid en de grote leugen.

7. Met de L.V. heeft men wel de «kleine waarheid» van de beperkte aansprakelijkheid in de K.M.O.'s en de familiale ondernemingen (P.V.B.A. of N.V.) doorbroken; maar de wet en de toelichting lezend kan men zich afvragen of van de onbeperkte aansprakelijkheid van de L.V.-zaakvoerders nu niet, omgekeerd, een «grote leugen» gemaakt werd. Natuurlijk zijn de zaakvoerders onbeperkt gehouden tot de verbintenissen van de vennootschap. Maar wat heb je daaraan als schuldeiser? De vraag is toch niet of er onbeperkt gehouden vennoten zijn maar wel, in de eerste plaats, «of er wat is», wat de vennootschap heeft aan beslagbaar vermogen, wat de totale verbintenissen zijn en wat de onbeperkt gehouden vennoten hebben. Terwille van het onbeperkt gehouden zijn van de zaakvoerders heeft men nu in de L.V. «waarborgen» laten vallen. Allereerst is het minimum beslagbaar vermogen van 250.000 fr. nogal klein (wat koop je daar voor in een landbouwbedrijf?). Nu is dat natuurlijk ook zo voor de P.V.B.A. maar daar geldt, sinds de anti-crisiswet (art. 93 W. 4 aug. 1978) het gehouden zijn van de oprichters tot de verbintenissen van de vennootschap indien het kapitaal kennelijk ontoereikend was (... verdere voorwaarden: art. 123, 7°, Venn.-W.). Een analoge bepaling ontbreekt voor de L.V. (analoog: formele voorwaarden, o.m. faillissement, kunnen hier geen toepassing vinden). De oprichters-stille vennoten (de zaakvoerders zijn toch al onbeperkt gehouden) van de L.V. zijn dus wat dit betreft «echt» beperkt aansprakelijk (zolang het oprichten van een vennootschap met kennelijk ontoereikend kapitaal niet als een onrechtmatige daad wordt aangemerkt — hieromtrent: J. Ronse, *art. cit.*, blz. 23). Bij de oprichting van de L.V. hoeft ook geen financieel plan te worden opgemaakt (vgl. art. 29ter en 120bis Venn.-W.). Ook los gezien van de oprichtersaansprakelijkheid (waar dit plan betekenis heeft: art. 29ter, lid 2, Venn.-W.) worden echter de voordelen van zulke verplichting, voor de vennoten zelf, geroemd. Ook als sommige vennoten onbeperkt gehouden zijn is het goed dat ze «bezinnen voor ze beginnen» (J. Ronse, *art. cit.*, blz. 23), dat ze eens met cijfers op papier zetten wat — de eerste jaren — nodig zal zijn en van waar dat moet komen. En verder is er nog dit: de zaakvoerders zijn gehouden tot de verbintenissen van de vennootschap maar hoe moeten derden weten hoe groot die verbintenissen al zijn? Jaarrekeningen moet de L.V. immers niet bekend maken ... Volgens de Senaatscommissie juist omdat de derden voldoende waarborgen hebben door het gehouden zijn van de zaakvoerders (Eerste verslag, blz. 24, ad art. 29) ! En hoe weten derden wat de zaakvoerders hebben? Het enige — en het is erg weinig — wat een derde in het gewone commerciële leven daaromtrent weet (bijv. over zaakvoerders van een commanditaire — zeker die van het G.O. waar bevestigd wordt dat de zaakvoerder koopman is: art. 53 G.O.) volgt uit de bekendmaking van huwelijksvoorwaarden (artt. 12 en 14 W.v.K.). Daartoe is de zaakvoerder van de L.V. (geen koopman) niet verplicht.

Pet af, hoed op ?

8. De zaakvoerder in de L.V. is goed beschermd ; dat mag ook. Een situatie die evenwel niet duidelijk geregeld is, is die van de zaakvoerder die ook aandelen heeft, die «terzelfdertijd stille vennoot is». Dat klinkt wel raar (bijv. art. 4, lid 4) maar zulks ligt aan de gebruikte terminologie. In de eenvoudige commanditaire komt deze situatie niet voor ; in de commanditaire op aandelen kan het dat de zaakvoerder ook aandelen heeft maar daar noemt men de commanditair «aandeelhouders». Aangenomen wordt, in de Comm. Venn. Aand., dat de beherende vennoot ook aandeelhouder kan zijn en in beide hoedanigheden z'n rechten kan uitoefenen (J. Lacoste, in *Jur. Class. Soc.*, fasc. 152, nr. 19 houdt voor dat de zaakvoerder als aandeelhouder ook mag stemmen in zaken die hem persoonlijk, als zaakvoerder, betreffen). Hoe zit het nu wanneer de beherende vennoot in de L.V. zijn pet afzet en, hoed op, als stille vennoot-aandeelhouder wil optreden. Kan dat ? Let men op de commanditaire op aandelen dan kan het. Let men op artikel 26 L.V.-wet dan is het antwoord niet zeker. Artikel 26, § 1, zegt niet duidelijk wie deel uitmaakt van de vergadering der stille vennoten ; er is alleen sprake van «de vergadering van de stille vennoten», en stille vennoot staat in de wet tegenover beherend vennoot (vgl. art. 1, lid 2 en 3 ; art. 4 ; art. 10, lid 1 ; art. 28 ; art. 30, lid 3 en 4). Overigens wordt dat onderscheid doorgetrokken in artikel 26 zelf : de tweede paragraaf regelt de algemene vergadering van stille vennoten en beherende vennoten. Men zou dus geneigd zijn te besluiten dat de beherende vennoten geen deel uitmaken van de vergadering van stille vennoten, ook niet als ze aandelen hebben. Maar dan is er artikel 26, § 1, laatste lid, dat zegt : «Elk aandeel geeft recht op één stem» (en niet : elk aandeel van de stille vennoot geeft recht op één stem). «De beherende vennoten hebben het recht de vergadering bij te wonen, zelfs indien zij geen aandelen hebben». Wat is «de vergadering bijwonen» ? Is dat deelnemen aan de vergadering — en stemmen — of is het dat juist niet ? Betekent de toevoeging «zelfs indien zij geen aandelen hebben» dat wie wel aandelen heeft ook mag stemmen ? Is er enige verduidelijking door het laatste lid van artikel 26, § 1, te vergelijken met artikel 30, lid 3 : «De beherende vennoten hebben steeds het recht de vergadering bij te wonen» ? En als men zou aannemen dat de beherende vennoten-aandeelhouders aan de vergadering van stille vennoten deelnemen mogen ze dan meestemmen over hun eigen décharge, over hun eigen beloning (art. 26, § 1, nr. 1 en 3) ? Naar geldend Belgisch vennootschapsrecht is men niet vies van belangenconflicten bij dergelijke beslissingen. In artikel 34 van het voorstel vijfde richtlijn is het meestemmen, als aandeelhouder, over eigen décharge, als beheerder, verboden. Artikel 8 van dezelfde richtlijn laat meer ruimte voor de vaststelling van de bezoldiging (de bezoldiging van een orgaan mag niet door datzelfde orgaan worden vastgesteld — vgl. art. 92 G.O.). Mag men aannemen dat juist deze kennelijke tegenstrijdigheid van belangen een argument is om staande te houden dat de beherende vennoten wel de vergadering van stille vennoten bijwonen maar niet er aan deelnemen, althans niet stemmen ? Zulks valt te hopen, des te meer omdat punt 4 van artikel 26, § 1, de voorafgaande toestemming van de stille vennoten voor bepaalde beslissingen van het beheer (art. 21, lid 2), ook al belangentegenstelling tot grondslag heeft en een mee-stemmen van de beheerders m.b.t. dergelijke toestemming alle betekenis

aan deze vorm van preventieve controle kan ontnemen.

Is dit ijdele hoop ? Als men de Senaatscommissie volgt dan lijkt het antwoord positief. De commissie bevestigde immers in haar tweede verslag (blz. 6) dat de landbouwer «als-het ware een dubbele hoedanigheid» kan krijgen. De boer heeft pet en hoed, waarom zou hij dan die hoed niet op mogen zetten ?

Toch is er goede reden om het anders te zien. In de L.V. heeft men de eigen belangen van beherende vennoten en stille vennoten-aandeelhouders zorgvuldig apart geregeld maar men heeft terzelfdertijd de beherende vennoot zodanig goed beschermd dat hij onder de regeling voor beherende vennoten meteen zijn rechtmatig belang als vennoot-aandeelhouder kan behartigen. Een voorbeeld daarvan is de overdrachtregeling van aandelen. De beherend vennoot heeft een voorkooprecht ; wordt dat niet uitgeoefend dan moet voor de overdracht toestemming verkregen worden van de vennoten : van de beherende vennoot (indien meederen : met eenparigheid) en van de meerderheid der stille vennoten (art. 15, laatste lid). Alleen t.a.v. artikel 26, § 1, is het anders maar daar gaat het juist om tegenstrijdige belangen. Laat men de beherend vennoot-aandeelhouder daar meestemmen dan geeft men niet alleen carte blanche om in zo'n belangenconflict onbehoorlijk op te treden maar verstoort men het in de L.V. uitgewerkte «evenwicht».

Vragen over opvolging.

9. Hoewel de L.V.-wet op sommige punten een erg volledige regeling bevat zijn er andere punten waar de regeling vragen oproept of onvolledig is.

In de Senaatscommissie, bij de tweede bespreking, heeft Justitie al vragen gesteld, die echter grotendeels onbeantwoord bleven. Het ontbreken van een regeling voor de vereffening werd «goedgemaakt» door een summier verwijzing naar de overeenkomstig toe te passen, al even summier, regeling van de Vennootschapswet (art. 32, lid 4, L.V.). Er was ook de vraag over de eenhoofdig geworden L.V. wanneer de overgebleven vennoot een stille vennoot is : is hij dan onbeperkt gehouden tot de verbintenissen van de vennootschap totdat tot de ontbinding is besloten ? Men mag aannemen dat dit niet zo is : artikel 33 L.V. neemt van de artikelen 142 en 241 G.O. alleen de regel over dat de vennootschap blijft voortbestaan tot er besloten is tot ontbinding, niet de daaraan gekoppelde regel van het gehouden zijn. Er blijven tal van vragen.

Laat het hier beperkt blijven tot vragen i.v.m. de opvolgingsregeling in het bedrijf : de L.V. is gemaakt voor familiale bedrijven en men mag dus aannemen dat aan opvolgingsproblemen bijzondere aandacht werd besteed.

Een eerste, delicaat, probleem dat kan ontstaan is het overtuigen van de ouder wordende bedrijfsleider om het bestuur (gedeeltelijk) uit handen te geven. Met statutair benoemde zaakvoerders in de P.V.B.A. kent men dat. In de N.V. kent men het ook maar daar is het «excuus» van de maximumduur van een beheersmandaat : de verlenging kan de menselijkerwijs nodige aanleiding zijn «om eens te praten». In de L.V. is de zaakvoerder benoemd «voor de duur van de vennootschap» (art. 20). Kan men daarvan afwijken, kan men in de statuten een maximum leeftijd bepalen (vgl. art. 94, § 1, lid 2, G.O.) ? Die zaakvoerder moet de helft van zijn tijd fysieke arbeid presteren. Je zou dus zeggen : als hij met pensioen gaat ... Maar, wat als hij ondanks «op rust gaan» toch wil zaakvoerder blijven. Het

niet-nakomen van de verbintenis i.v.m. fysieke arbeid is niet apart gesanctioneerd. Men mag aannemen dat het een zwaarwichtige reden is om «uit de functie ontzet» te worden (art. 10, laatste lid). Daarvoor is een streng besluit nodig. Wie gaat dit mee-treffen? Al kan men van zijn hart een steen maken dan blijft er nog de portemonnee: want afzetten van een zaakvoerder betekent, in deze hypothese meestal, een ernstig verlies aan kredietwaardigheid van de vennootschap. Omdat zaakvoerder te zijn en onbeperkt gehouden vennoot te zijn samenvalt, valt met de zaakvoerder ook de «borg» weg. (De banken zullen de vader-ontslagnemend zaakvoerder wellicht vragen «gewoon borg te staan» voor de L.V. «van zijn zoon».) Zullen de stille vennoten niet weigeren de oude, maar solvabele, zaakvoerder weg te stemmen? En dan? Ontbinding van de L.V.?

Een tweede probleem. Artikel 19 bepaalt dat in de statuten kan worden voorzien dat bloedverwanten in rechte neerdalende lijn en hun aanverwanten zonder voorafgaande goedkeuring van alle vennoten kunnen «opvolgen», behorend vennoot kunnen worden. (Een kleine vaststelling: de adoptieve kinderen worden hier uitdrukkelijk niet genoemd - vgl. art. 15, lid 1, in fine; de natuurlijke kinderen kunnen - na het arrest Marckx - wel opkomen voor hun recht.) Waarom alleen de neerdalende lijn? De boerenzoon van midden in de dertig die «zijn» L.V. sticht, waarin hij enig zaakvoerder is, kan dus niet bedingen dat zijn vader, mocht de zoon iets overkomen, de zaak zal kunnen leiden afwachting of de kinderen van zijn zoon later, als ze achttien zijn (en ontvoogd), het bedrijf willen overnemen? Zo'n opvolgingsrecht, kan dat evenmin ten voordele van de overlevende echtgenoot bedongen worden? (Vgl. art. 9, § 1, 1^o, en art. 10, § 1, 3^o, Vestigingswet 1970.)

Het opvolgingsrecht van artikel 19 beveiligd tegen mogelijke weigering vanwege de (stille) vennoten. Maar ook als die oog hebben voor het behoud van het familiebedrijf is de opvolging van de enige zaakvoerder die wegvalt en (nog niet ontvoogdbare) minderjarige kinderen achterlaat een probleem. Men moet dan een andere zaakvoerder vinden... die fysieke arbeid presteert als landbouwer en die onbeperkt gehouden zal zijn. Dat is niet niks! Vindt men die niet dan moet er maar ontbonden worden... dus ook als er een zeventienjarige zoon of dochter is die al «op het hof werkt»? Had men niet, naar analogie met artikel 25 Vennootschapswet in een aanstelling van een voorlopige zaakvoerder door de rechter, op verzoek van vennoten, kunnen voorzien; een aanstelling voor min of meer beperkte tijd (door de rechter te bepalen, maar uiteraard langer dan bepaald in art. 25 Venn.-W.) en met een beperkt gehouden zijn, nl. voor de zelf als voorlopig zaakvoerder verrichte handelingen?

(Deze overbrugging zou goed zijn voor schuldeisers en kinderen: de schuldeisers zullen immers na overlijden van de zaakvoerder diens nalatenschap aanspreken; dank zij de overbrugging zullen de kinderen nadien, als zaakvoerder, het bedrijf kunnen verderzetten om de verbintenissen «van het bedrijf» ook «met het bedrijf-in werking» te voldoen).

Kritiek

10. Als er ergernis klinkt in de hier uitgebrachte kritiek is het hierom: het lijkt wel of aan deze L.V. wet gewerkt is door een L.V., een slecht werkende dan. Er zitten veel

goede regelen in de wet. Kennelijk hebben bekwame juristen de hand gehad in vele bepalingen. Maar de grote opties van de wetsvoorstellen en van de senaatscommissie Landbouw, o.m. de gedachte dat de landbouwer in de L.V. zijn landbouwbedrijf exploiteert (vgl. de kritiek van Guillery op Pothier's definitie van de commanditaire, *Soc. Com.*, 1875, II, nr. 387 e.v.) hebben vanuit juridisch oogpunt veel kwaad gedaan. Ging het hier zoals in het bedrijf waar de vader, tegen beter weten in, beslist wat er gezaaid wordt... en de zoon dat dan maar doet, met de moderne machine?

De laatste jaren is er veel wetgeving (men denke aan de anti-crisiswetten) waarop zware kritiek kan uitgebracht worden. De L.V.-wet is beter dan sommige van die andere wetgeving. Juist daarom wordt hier kritiek uitgebracht: nog het meest zinvol is het immers om zulks daar te doen waar verandering mogelijk is, waar er, als men kan overtuigen, bereidheid daartoe is. Voor de L.V.-wet voerden goede juristen de pen en wat geschreven moet worden was toch vanuit het hart, voor het familiebedrijf. Er is dus hoop. Die bereidheid kan men tonen... als het Groot Ontwerp komt. Want de commanditaire op aandelen die hier, in besloten type, wordt aangeprezen voor het familiebedrijf komt in het Groot Ontwerp niet meer voor... Er is vorst geweest maar men kan nog opnieuw zaaien.

Henri Swennen

BOEKEN

Dr. W. KOLVENBACH, *The Company legal department; its role, function and organisation* - Kluwer Deventer, 1979, 135 blz.

Er heersen nog heel wat verkeerde opvattingen over de zin en de taak van de jurist in het moderne bedrijfsleven. Te dikwijls wordt uit het oog verloren, dat zijn rol in hoofdzaak bestaat uit het voorkomen van juridische geschillen. Tijdens het in 1968 te Luik door de «Commission droit et vie des affaires» gehouden internationaal congres over «Le juriste d'entreprise» werd hierop met nadruk gewezen.

Het rijkelijk gedocumenteerde werk van Kolvenbach is een handboek voor de moderne bedrijfsjurist. Het bevat een voortreffelijke beschrijving van de verschillende aspecten van zijn taak en van de organisatie en deontologie van de juridische afdeling in een onderneming. Het boek is ook aangewezen lectuur voor de pleitende jurist. Voor de overtuigde manager is het een gedroomde handleiding: beknopt, volledig en duidelijk.

Guy Vandenberghe

International encyclopaedia for labour law and industrial relations. Kluwer Deventer, 1977

In het overzicht der Vlaamse rechtsliteratuur, verschenen in de eerste twee nummers van deze jaargang, vestigden wij de aandacht op de grote wetenschappelijke onderneming, die onder leiding van prof. R. Blanpain werd ondernomen om de stand van het arbeidsrecht in meer dan zestig landen te beschrijven.

Wij noemden deze uitgave een onmisbare documentatie voor alle belangstellenden in het sociaal recht en onderstreepten de uitstekende wijze waarop prof. Blanpain in de monografie voor België het thans in ons land geldende sociaal recht had samengevat.

De vraag die wij toen stelden, met name of t.a.v. de omvang van het werk, wanneer binnen enkele jaren de laatste delen zouden verschijnen, de eerste boeken niet reeds zouden zijn voorbijgestreefd beruste echter op een onvolledige informatie. Het blijkt immers, dat de encyclopedie regelmatig wordt bijgewerkt en de aangevulde monografieën m.b.t. België, Denemarken en het International Labour Law reeds de volgende maand zullen verschijnen.

Naast deze rectificatie signaleren wij, om de betekenis van deze uitgave aan te tonen, dat de volgende monografieën al zijn verschenen: International Labour Law, International Trade Union Movement, Belgium, Brazil, Bulgarië, Colombia, Denmark, Ecuador, Great Britain, Hong Kong, Hungary, Italy, Japan, Mexico, Panama, Spain, United States of America, Uruguay.

R.V.

BERICHTEN

Nationaal Verbond der Magistraten van Eerste Aanleg

Het nieuw gekozen bestuur van het Nationaal Verbond der Magistraten van Eerste Aanleg is thans als volgt samengesteld: Voorzitter: dh. J.P. Palms, onderzoeksrechter te Hasselt. Ondervoorzitters: dh. G. Rensonnet, rechter in de Arbeidsrechtbank van Luik; mevr. Flament-Halsberghe, ondervoorzitter in de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel; dh. R. Laffineur, voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Marche en Famenne; dh. J.M. Coppens, substituut-procureur des Konings te Kortrijk; dh. F. Schöller, rechter in de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel.

Schatbewaarder: dh. A. Deliege, voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Charleroi.

Secretaris: mevr. R. Dieudonné, substituut-procureur des Konings te Brussel.

Ethiek van de sportgeneeskunde

De Belgische Vereniging voor Medische Ethiek en Moraal houdt op 8 december 1979 om 15 uur in de Beneluxzaal van het Paleis voor Congressen te Brussel, een vergadering, gewijd aan het onderwerp: Ethiek van de sportgeneeskunde. Sprekers zijn de heren Farber, Petit en Roelandt.

TIJDSCHRIFTEN

Tijdschrift van de Vrederechters

Jg. 88, juni-juli 79, nrs. 6-7.

Koninklijke vrederechtersbond—Congres te Tongeren—In Memoriam — Bibliografie — Kronijk van de Vrederechters — Rechtspraak.

Tijdschrift voor Aannemingsrecht

Jg. 11, 1979, nr. 2.

Rechtspraak.

Ph. Van den Borre, De juridische aspecten van de gewestplannen—Francesco Paolo Pugliesi, De Italiaanse wetgeving inzake arbeidsopdrachten.

Michel Mottet, Kontrakten betreffende de voorstudie van de door de plaatselijke besturen geplande investeringen in onroerende goederen—Boekbespreking.

De Verzekeringswereld

Jg. 17, juli-augustus 79, nrs. 199-200.

A.G. Mertens, Rechtspraak—Reisdromen... en aansprakelijkheid—E. Jaeken en G. Putteman, Wordt de huishoudelijke arbeid door onze rechtbanken miskend?—R. Poté, Wat kinderen niet kunnen in het verkeer—R. Van de Moortele-Fiskaal—De meerwaarden (2)—A.G. Mertens, Kernenergie (3 - slot)

De Gemeente

Jg. 54, juni-juli 79, nr. 313.

Van de redactie—Ontleding van het regeerakkoord van 1 april 1979—Gewestelijke executieven—Kinderen in de stad—Het Nederlandstalig bibliotheekwerk—J.M. Leboutte, Kroniek «Gemeentelijke Opdrachten» — Actualiteit — Wetgeving — Rechtspraak—J. Verhasselt, Verzorg Uw taal—Kroniek «Maatschappelijk Welzijn».

Tijdschrift voor Sociaal recht

1979, nrs. 3-4

G. De Broeck, De sociale wetgeving in 1978.

Rechtspraak.

De Gerechtsdeurwaarder

jg. 89, nr. 7.

J. Dansard, Het gezinsrecht — Fernand Grémont, De creditverlening — Paul Vinit, Hervorming van het taalgebruik in processen — R. Van der Veken, Het Loonbeslag — Raymond Léonard, Het Verdrag van 's Gravenhage.

Data Juridica

jg. 7, nr. 6, juni 1979.

Rechtspraak en rechtsleer.

Ondernemingsrecht

jg. 22, augustus 1979.

Dr. N.L. Ruizendaal, Gedragscode voor Multinationale ondernemingen en de jaarrekening — Prof. mr. H.W. Wertheimer, Het Ser-advies inzake het voorstel voor een vijfde richtlijn van de raad met betrekking tot de structuur van de naamloze vennootschap — Mr. V.A.M. Van der Burg, Het ontwerp vijfde richtlijn inzake vennootschapsrecht en de rechtspersoon-bestuurder — Dr. Ir. H. de Boer, Vragen om manipulatie — Aktualiteiten — Rechtspraak — Boekbespreking.

Tijdschrift voor Europees en Economisch recht

jg. 27, juli-augustus, nrs. 7-8.

In Memoriam Jacques A. Van Damme — prof. dr. J. V. Louis, Het Europees monetair stelsel — Mr. A. Mulder, Europees strafrecht — Mr. Severin de Wit, Centrafarm III/IV een merkenrechtelijke ontwikkeling? — Dr. H. A. H. Audretsch, De externe betrekkingen van de EEG — Jurisprudentie van het Hof van Justitie — Jurisprudentie Hoge Raad, arresten over warenwet, vestingswet — Bedrijven en vestigingswet detailhandel—Boekbespreking.

Ars Aequi

jg. 28-7, juli-augustus 1979.

Henk Luyten, Kinderstrafrecht in een veranderende samenleving — Mr. J. Jansen, Het Europees verdrag inzake de rechtspositie van onwettige kinderen — J.A. Nota, Kinderbescherming en jeugdwelzijnswerk — Dr. A. J. Koers, Over seksueel misbruik van kinderen in een gezin — Prof. mr. Rood-De Boer, De (te) vroege dood — G. van der Reep, Handelingsonbekwaamheid van oudere minderjarigen — Meesterscolumn: Mr. J. E. Dock, de Kinderrechter — Onderwijs: J.B.A. Hoyinck, Recht op onderwijs — Jurisprudentie — Rechtsvragen — Boekenoverzicht — Ad Valvas.