

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

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

NIEUW RECHT OP KOMST

DE ECHTSCHIEDINGSWETGEVING IN EVOLUTIE HET WETSVORSTEL BOEL

In de meeste Europese landen is de echtscheidingswetgeving nog volop in evolutie. Zelfs recente wetsbepalingen ter zake worden opnieuw ter discussie gesteld. Dit is thans ook het geval in België, waar, blijkens al of niet recente wetsvoorstellen, een verdere versoepeling van de echtscheidingswetgeving verlangd wordt. Het *hoofdprobleem* van de echtscheiding voor de wetgever is de vaststelling van de *gronden tot echtscheiding*.

Men weet dat, in België, de echtscheidingswet van 1 juli 1974 de uitdrukking is van een wijziging van de filosofie inzake echtscheiding. De echtscheidingswet van 1 juli 1974 leidde tot de invoering van de echtscheiding op grond van een *feitelijke scheiding van meer dan tien jaar*, zelfs in het geval dat de feitelijke scheiding het gevolg was van de krankzinnigheid of diepe geestesgestoordheid van de andere echtgenoot. Op het vlak van de principes betekent de wet van 1 juli 1974 dat de echtscheiding op grond van bepaalde feiten niet alleen meer als een straf (zie de artikelen 229 en 231 B.W.) maar ook als een oplossing voor duurzaam ontwrichte huwelijken (art. 232, eerste lid, B.W.) of voor betreurenswaardige toestanden (art. 232, tweede lid, B.W.) wordt benaderd.

1. *Het wetsvoorstel Boel tot verkorting van de termijn van de feitelijke scheiding als grond tot echtscheiding*

Op 27 november 1979 heeft volksvertegenwoordiger H. Boel een voorstel van wet ingediend «houdende wijziging van de artikelen 1 en 2 van de wet van 1 juli 1974 tot wijziging van sommige artikelen van het Burgerlijk Wetboek en van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de echtscheiding» (*Parl. Besch., Kamer*, 1979-80, 12 december 1979, nr. 393/1). Het voorstel van wet is eveneens ondertekend door volksvertegenwoordiger J. Van Elewijck. Het doel van de voorgestelde wetswijziging is *uitsluitend* de verkorting van de termijn van de feitelijke scheiding, *van tien jaar tot vijf jaar*, als voorwaarde van de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding. In de toe-

lichting bij het wetsvoorstel worden, op een zeer bondige wijze, de twee redenen van de indiening van het wetsvoorstel uiteengezet. Er wordt gewezen op soepele echtscheidingswetten in de ons omringende landen. Er wordt bovendien beklemtoond dat de wetgever in België niet voorziet in een automatische echtscheiding op grond van feitelijke scheiding: «Er is bepaald dat de echtscheiding slechts wordt toegestaan wanneer de ontwrichting van het huwelijk duurzaam blijkt te zijn: de rechter zal dus in elk geval kunnen nagaan of de ontwrichting van het huwelijk al dan niet onherroepelijk is en de echtscheiding kunnen weigeren wanneer hij meent dat opnieuw samenleven nog mogelijk is.»

De Commissie voor de Justitie van de Kamer van Volksvertegenwoordigers heeft het wetsvoorstel eenparig aangenomen (*Verslag Defraigne, Parl. Besch., Kamer*, 1980-81, 25 juni 1981, nrs. 393/2, blz. 4). Om louter wettelijke redenen werd de tekst van het wetsvoorstel gewijzigd. Het opschrift van het wetsvoorstel luidt voortaan: Wetsvoorstel tot wijziging van artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek en van artikel 127bis van het Gerechtelijk Wetboek.

2. *Het verslag Defraigne. Redenen tot verkorting van de termijn van de feitelijke scheiding als grond tot echtscheiding*

In zijn verslag voor de Kamer van Volksvertegenwoordigers namens de commissie van Justitie van deze kamer, zet volksvertegenwoordiger Defraigne een vijftal redenen uiteen die de verkorting van de termijn van feitelijke scheiding als voorwaarde tot echtscheiding op grond van artikel 232 B.W. wettigen, en die verklaren waarom de voormelde commissie unaniem de inhoud van het wetsvoorstel Boel onderschrijft.

1^o Uit rechtsvergelijking blijkt dat in buitenlandse wetgevingen, wanneer de feitelijke scheiding van een zekere duur een grond tot echtscheiding is, de vereiste termijn

van de feitelijke scheiding veel korter is dan de in België toepasselijke termijn van tien jaar. Wat meer is, soms bestaat het vereiste van een feitelijke scheiding van een zekere duur helemaal niet: de echtscheidingsgrond is de duurzame ontwijking van het huwelijk, en in de praktijk wordt de feitelijke scheiding, welke ook haar duur zij, ingeroepen als voornaamste bewijs van de mislukking van het huwelijk (verslag Defraigne, blz. 2). Ook de minister van Justitie acht het wenselijk dat de Belgische wetgeving weldra de vergelijking met andere Europese landen zou kunnen doorstaan (verslag Defraigne, blz. 4).

2° Er moet een oplossing gevonden worden voor de nog bestaande treurige toestanden die de wet van 1 juli 1974 betreffende de echtscheiding op grond van tien jaar feitelijke scheiding niet heeft opgelost. Immers, thans zijn nog verscheidene bij echtelijke conflicten betrokken echtgenoten ertoe verplicht, gedurende tien jaar in concubinaat te leven vooraleer zij hun toestand kunnen regulariseren. Het menselijk aspect (van de echtgenoot die wenst te hertrouwen met zijn nieuwe partner) mag niet uit het oog verloren worden. Overigens mag men niet vergeten dat in dergelijke gevallen de onwettig samenwonende partners minstens tien jaar moeten wachten vooraleer ze wettige kinderen kunnen krijgen (verslag Defraigne, blz. 2). Deze laatste opmerking moet wel genuanceerd worden op grond van de artikelen 331 en 335 B.W., gelet op de mogelijkheid van erkenning en wettiging van kinderen, verwekt na het tijdstip waarop de feitelijke scheiding is ontstaan, doch slechts na ontbinding van het huwelijk door echtscheiding op grond van feitelijke scheiding.

3° De rechten van de echtgenoot tegen wie de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding wordt gevorderd, worden niet ernstig in het gedrang gebracht en wegen niet op tegen de rechten van de echtgenoot die de echtscheiding verlangt. Het is immers ondenkbaar (?) dat de echtgenoot die aan de echtelijke samenleving een einde heeft gemaakt, tussen het zesde en tiende jaar naar de echtelijke woning zal terugkeren. Hoop op verzoening is er niet meer na jaren van wrok en onverschilligheid en de in de steek gelaten echtgenoot heeft er geen belang bij dat een toestand die voor hem (haar) geen enkel voordeel biedt, bestendig wordt (verslag Defraigne, blz. 2).

4° Er wordt opgemerkt dat de vermindering van de termijn van tien tot vijf jaar niets aan de bescherming van de minderjarige kinderen verandert (verslag Defraigne, blz. 3). De aanneming van het wetsvoorstel Boel zou dus de belangen van de kinderen niet méér in het gedrang brengen dan het huidige artikel 232 B.W.

5° Uit de ervaring met de wet van 1 juli 1974 blijkt dat de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding, hoewel zij een omwenteling is op het vlak van de principes, in de praktijk niet leidde tot een belangrijke verhoging van het aantal echtscheidingen. De toename van het aantal echtscheidingen van 4.500 in 1960 tot 13.645 in 1978 is veeleer te wijten aan de aanzienlijke stijging van het aantal echtscheidingen op andere gronden. De minister van Justitie deelde mede dat de wet van 1 juli 1974 tot invoering van de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding, slechts een beperkte invloed heeft gehad, en ze was zeker geen sprong in het onbekende, zoals sommigen vreesden (verslag Defraigne, blz. 3).

Verslaggever Defraigne besloot dat er geen enkele menselijke, juridische of sociale reden is, waarom de termijn niet van tien op vijf jaar zou kunnen worden gebracht.

Volgens de verslaggever is het argument dat de *sociale noodzaak* boven de andere overwegingen moet primeren bij het onderzoek van de factoren die in aanmerking komen om de wijziging van de wet te bepalen, voldoende gestaafd.

Het komt ons voor dat het wetsvoorstel Boel aansluit bij een tendens inzake de filosofie of grondslag van de echtscheiding, om niet zozeer, of niet uitsluitend (meer) de nadruk te leggen op het «negatieve» aspect van de echtscheiding, namelijk de verbreking van de formele huwelijksband; thans wordt het «positieve» aspect, namelijk de mogelijkheid voor een echtgenoot om «een nieuw leven» te beginnen ook als een vrij relevant element in aanmerking genomen bij het bepalen van de wettelijke gronden tot echtscheiding (zie ook i.v.m. de ideologische benadering van de verschillende echtscheidingsstelsels: G.P. Hoefnagels, *Scheiden als proces*, Preadvies voor de Vereniging Familie- en Jeugdrecht, 1978, Zwolle 1978, blz. 7 e.v.; vgl. ook: H. Gaudement-Tallon, noot onder Cass. Fr. 10 juli 1979, *R.C.D.I.P.* 1980, 98).

3 Aspecten van het wetsvoorstel Boel i.v.m. de verkorting van de vereiste duur van de feitelijke scheiding

a. Een wetswijziging beperkt tot een verkorting van de termijn

Het huidige recht houdt het volgende in. Ieder der echtgenoten kan echtscheiding op grond van feitelijke scheiding vorderen mits aan drie voorwaarden voldaan is: 1° de echtgenoten leven reeds *meer dan tien jaar* feitelijk gescheiden; 2° uit deze toestand blijkt dat het huwelijk duurzaam is ontworcht, en 3° het toekennen van de echtscheiding op deze grond verslecht niet op een gevoelige wijze de materiële toestand van de minderjarige kinderen uit het huwelijk van de echtgenoten geboren of door hen geadopteerd (art. 232, eerste lid, B.W.).

Artikel 232, tweede lid, B.W. preciseert nog dat, mits deze drie voorwaarden vervuld zijn, de echtscheiding ook kan verkregen worden wanneer de feitelijke scheiding *van meer dan tien jaar* het gevolg is van de krankzinnigheid of diepe geestesgestoordheid van de andere echtgenoot.

Het wetsvoorstel Boel strekt dus *uitsluitend tot de verkorting* van de voormelde termijn(-en) *van tien jaar tot vijf jaar*, zowel bij echtscheiding op grond van artikel 232, eerste lid, B.W., als bij echtscheiding op grond van artikel 232, tweede lid, B.W.

De echtscheiding op grond van een feitelijke scheiding van vijf jaar zal dus, indien ook aan de twee andere voormelde voorwaarden is voldaan, in alle gevallen kunnen worden opgedrongen, zelfs wanneer de echtscheiding een weerslag zou hebben op de morele of materiële toestand van de andere echtgenoot. Het is o.i. inderdaad wenselijk dat de Belgische wetgever, in tegenstelling met bijvoorbeeld de Franse wetgever, geen hardheidsclausule inlast die tot gevolg zou kunnen hebben dat de echtscheiding niet zou kunnen worden toegestaan — al zijn de voorwaarden vervuld — louter op grond van een exceptie van de echtgenoot-gedaagde die staande houdt dat het toestaan van de echtscheiding bijvoorbeeld niet strookt met zijn/haar religieuze principes of dat zijn/haar burgerlijke staat van echtgescheidene hem/haar blootstelt aan minachting vanwege de sociale omgeving (vergelijk met het Franse recht: T.G.I. Châlon-sur-Saône, 8 juni 1977, en

Dijon 29 juni 1978, *J.C.P.*, 1981, II, 138, met noot R. Lindon). Een dergelijke hardheidsclausule laat immers de deur open voor willekeur en kent een overdreven appreciatiebevoegdheid toe aan de rechtbanken. Het maakt van de echtscheidingswet een blanco-wet waarbij persoonlijke levensopvattingen van magistraten een te grote rol zouden kunnen hebben. Dit blijkt althans duidelijk uit de vergelijking met het Franse recht en een analyse van de Franse rechtsleer en rechtspraak i.v.m. de hardheidsclausule. Daarbij komt dat het Franse Hof van Cassatie oordeelde dat de feiten echter op onaantastbare wijze beoordeelt of de echtscheiding zowel voor de kinderen als voor de andere echtgenoot bijzonder harde morele of materiële gevolgen zou hebben (Cass. fr., 16 januari 1980, *J.N.A.*, 1980, 1304, art. 55759). Naar aanleiding van dit arrest wordt er gevreesd dat in de Franse rechtspraak verder extensieve en restrictieve interpretaties i.v.m. de hardheidsclausule zullen voorkomen (J.V., noot onder Cass. fr., 16 januari 1980, *l.c.*; De la Marnierre, «Notes», *J.N.A.*, 1980, 24, art. 55286). Uit de overvloedige Franse zeer uiteenlopende rechtspraak in verband met de hardheidsclausule, is het arrest van het Hof van Beroep te Parijs van 16 februari 1979 (*Rép. Defrénois*, 1979, 1108) vermeldenswaardig. Een man vorderde de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding van meer dan zes jaar, en de vrouw voerde als verweer aan dat de toekenning van de echtscheiding tot gevolg zou hebben dat de man met zijn bijzit zou kunnen huwen. Het hof oordeelde dat er geen rekening kon worden gehouden met dit verweer van de vrouw omdat de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding in Frankrijk — precies zoals in België — werd ingevoerd om onregelmatige levensgemeenschappen te regulariseren!

De echtscheiding op grond van een feitelijke scheiding van meer dan vijf jaar zal dus ook opgedrongen kunnen worden door de echtgenoot die in overwegende mate of zelfs uitsluitend schuld heeft aan het ontstaan en het voortduren van de feitelijke scheiding.

b. *Het behoud van een uniforme termijn*

Er kan opgemerkt worden dat, zoals in het huidige geldende recht, een uniforme termijn — vijf i.p.v. tien jaar — wordt voorgesteld. Er is dus geen verschillende termijn al naar de feitelijke scheiding al (art. 232, tweede lid, B.W.) dan niet (art. 232, eerste lid, B.W.) het gevolg is van de krankzinnigheid of diepe geestesgestoordheid van een echtgenoot.

De termijn is ook niet verschillend al naar de feitelijke scheiding eenzijdig of minnelijk is, d.i. al naar de feitelijke scheiding is ontstaan ten gevolge van de wil van één of van beide echtgenoten. In sommige landen echter verschilt de vereiste termijn van de feitelijke scheiding als grond tot echtscheiding, naar gelang van de omstandigheid dat de feitelijke scheiding al of niet minnelijk tot stand is gekomen.

c. *De vereiste termijn betreft de duur van de feitelijke scheiding*

Wat de toepassing van artikel 232, tweede lid, B.W. betreft, moet beklemtoond worden dat de huidige termijn van tien jaar, en de voorgestelde termijn van vijf jaar, niet de duur van de krankzinnigheid of diepe geestesgestoord-

heid, maar wel de duur van de feitelijke scheiding die het gevolg is van deze geestesziekten, betreffen.

d. *Automatisme of geen automatisme?*

1) Naar aanleiding van de toepassing van de wetgeving betreffende de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding is de vraag gerezen of de feitelijke scheiding van meer dan tien jaar een *wettelijk* vermoeden van een duurzame ontwrichting van het huwelijk inhoudt. Sommigen beantwoorden deze vraag positief en stellen bovendien dat de vermelding van de eis van de duurzame ontwrichting enkel tot gevolg heeft dat de verweerder wordt toegelaten tot het bewijs dat, niettegenstaande de feitelijke scheiding, het huwelijk niet duurzaam is ontworcht (J.M. Pauwels, noot *R.W.*, 1975-76, 2027). Deze stelling kan o.i. niet onderschreven worden, hoewel toegegeven moet worden dat er feitelijk een sterke wisselwerking is tussen de eerste wettelijke voorwaarde (een feitelijke scheiding van meer dan tien jaar) en de tweede wettelijke voorwaarde (de duurzame ontwrichting van het huwelijk). Maar op het vlak van de principes komt het ons voor dat de voormelde stelling niet kan worden onderschreven omdat zij niet strookt met de geest van de echtscheidingswet van 1 juli 1974 (namelijk de toepassing van artikel 232, eerste lid, B.W. vereist de vervulling van *drie* voorwaarden, en dus niet *twee* voorwaarden) en met de appreciatiebevoegdheid van de rechtbank die overigens ambtshalve dient te onderzoeken of de *drie* voorwaarden vervuld zijn. Doch het kan niet ontkend worden dat de langdurige feitelijke scheiding op zichzelf geldt als een belangrijke aanwijzing van de duurzame ontwrichting van het huwelijk (C. De Busschere, *De feitelijke scheiding der echtgenoten*, Gent-Leuven, 1978, blz. 275; W. Delva, *Personen en Familierecht*, Gent-Leuven-Antwerpen-Brussel, 1978, II-B, blz. 229; Hof Brussel, 21 december 1977, *R.W.*, 1978-79, 1716).

2) Deze principiële vraag werd ook aangeraakt in de toelichting bij het wetsvoorstel Boel en in het verslag Defraigne, en de beschouwingen ter zake stroken o.i. niet met elkaar. In de toelichting bij het wetsvoorstel Boel staat, o.i. terecht: «Bovendien voorziet de wet niet in een automatische echtscheiding op grond van feitelijke scheiding; er is bepaald dat de echtscheiding slechts wordt toegestaan wanneer de ontwrichting van het huwelijk duurzaam blijkt te zijn: de rechter zal dus in elk geval kunnen nagaan of de ontwrichting van het huwelijk al dan niet onherroepelijk is en de echtscheiding kunnen weigeren wanneer hij meent dat opnieuw samenleven nog mogelijk is» (*Parl. Besch., Kamer*, 1979-80, 12 december 1979, nr. 393/1, blz. 1). Deze klemtoon op de afwezigheid van automatisme en op de beoordelingsbevoegdheid van de rechtbank komt echter niet voor in het verslag Defraigne, wel integendeel: «Er zij met nadruk op gewezen dat, indien de echtgenoten sedert ten minste vijf jaar gescheiden leven, de mislukking van hun huwelijk niet meer moet worden bewezen, en het is ondenkbaar dat de echtgenoot die aan de echtelijke samenleving een einde heeft gemaakt, tussen het zesde en tiende jaar naar de echtelijke woning zal terugkeren» (verslag Defraigne, blz. 2).

Het komt ons echter voor dat, nu het wetsvoorstel Boel beperkt is tot de verkorting van de termijn van de feitelijke scheiding, de vroegere principes betreffende de taak en de beoordelingsbevoegdheid van de rechtbank in geval van

een procedure tot echtscheiding op grond van feitelijke scheiding, onverminderd van toepassing blijven.

4. De «meningsverschillen» omtrent een termijn

Aangezien thans vele parlementsleden een termijn van vijf jaar feitelijke scheiding als voldoende beschouwen, rijst de vraag waarom de wetgever in 1974 deze termijn uiteindelijk niet in aanmerking heeft genomen en hij de langere termijn van tien jaar feitelijke scheiding oplegde.

In de eerste plaats kan opgemerkt worden dat het oorspronkelijk voorstel van wet tot invoering van de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding ertoe strekte een feitelijke scheiding van meer dan tien jaar als nieuwe echtscheidingsgrond in het Burgerlijk Wetboek te doen opnemen (voorstel van wet van 13 december 1967, ingediend door de senatoren Vermeylen en Merchiers, *Parl. Besch., Senaat*, 1967-68, nr. 53, na de parlementsontbinding opnieuw ingediend door de senatoren W. Calewaert en Merchiers, *Parl. Besch., Senaat*, 1968, nr. 68). De senaatscommissie voor de Justitie besloot de termijn van tien jaar tot vijf jaar te verminderen omdat de feitelijke scheiding als echtscheidingsgrond slechts in aanmerking zou komen, indien uit deze toestand de duurzame ontwijking van het huwelijk zou blijken (eerste verslag Rombaut, *Parl. Besch., Senaat*, 1970-71, 20 oktober 1970, nr. 38, blz. 5). De verkorting van de termijn van de feitelijke scheiding werd dus aangenomen als compensatie voor de beoordelingsbevoegdheid van de rechtbanken en het weren van elk automatisme.

Senator Hambye diende evenwel een reeks amendementen in die er onder andere toe strekten dat de vereiste termijn van de feitelijke scheiding op tien jaar werd gebracht met behoud van de rechterlijke beoordelingsbevoegdheid. Hij was ter zake van oordeel dat ongeacht de overigens meer theoretische dan werkelijke controle die de rechtbank zou kunnen uitoefenen, de termijn van vijf jaar toch te kort is om te kunnen besluiten tot een onherroepelijke ontwijking van het huwelijk. De korte duur van de feitelijke scheiding zou integendeel de echtgenoten kunnen aanzetten om het echtelijk samenleven op te geven ten einde een grond tot echtscheiding te scheppen (amendementen Hambye, *Parl. Besch., Senaat*, 1970-71, 17 november 1970, nr. 65). De senaatscommissie voor de Justitie en nadien de senaat hebben dit amendement van J. Hambye (tien jaar feitelijke scheiding én beoordelingsbevoegdheid van de rechtbank) aangenomen (tweede verslag Rombaut, *Parl. Besch., Senaat*, 1972-73, 13 maart 1973, nr. 141, blz. 3).

De termijn van de feitelijke scheiding werd verlengd van vijf tot tien jaar, niet alleen voor de echtscheiding op grond van «gewone» feitelijke scheiding, maar ook voor de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding die het gevolg is van de krankzinnigheid of diepe geestesgestoordheid van een echtgenoot: er werd onder meer geoordeeld dat de kansen op genezing na vijf jaar, zelfs in geval van krankzinnigheid of diepe geestesgestoordheid, niet meer zo denkbeeldig zijn als vroeger werd gedacht, dank zij de vooruitgang van de moderne wetenschap en de betere aangepaste verzorging der geesteszieken in gespecialiseerde instellingen (tweede verslag Rombaut, *Parl. Besch., Senaat*, 1972-73, nr. 141, blz. 4).

In de Kamer van Volksvertegenwoordigers werden amendementen ingediend tot verkorting van de termijn

van tien jaar tot vijf jaar (o.a. amendementen Dinant, *Parl. Besch., Kamer*, 1972-73, nr. 524, 19 april 1973; *Beknopt verslag, Kamer*, 1972-73, 27 juni 1974, blz. 297-298); er was ook een compromisvoorstel (voorstel van een termijn van zeven jaar: amendementen Gol, *Parl. Besch., Kamer*, 1972-73, nr. 524/4, 22 mei 1973). Doch ook deze Kamer aanvaardde uiteindelijk de termijn van tien jaar feitelijke scheiding. Tijdens de bespreking van de wet van 1 juli 1974 «hebben de voorstanders van een termijn van vijf jaar hun standpunt niet verder verdedigd om zo spoedig mogelijk een oplossing te kunnen geven aan duizenden dringende gevallen. Ook de toenmalige Justitieminister Vanderpoorten riep het argument van de dringendheid in en verklaarde dat de leden die van oordeel waren dat deze bepaling moest gewijzigd worden, in de toekomst wetsvoorstellen zouden kunnen indienen» (verslag Defraigne, blz. 2).

De echtscheidingswet van 1 juli 1974 trad in werking op 1 februari 1975 en even nadien reeds dienden parlementsleden een wetsvoorstel in tot verkorting van de termijn van tien jaar tot vijf jaar (wetsvoorstel Degroove, *Parl. Besch., Kamer*, 1974-75, 20 februari 1975, nr. 429-1).

Ook tijdens de voorbereiding van de wet van 14 mei 1981 betreffende de erffrechten van de langstlevende echtgenoot lieten sommige parlementsleden niet na kritiek te uiten op de vereiste lange duur van de feitelijke scheiding (10j.) als echtscheidingsgrond. Er werd op gewezen dat men destijds er niet in slaagde bij de hervorming van de echtscheidingswetgeving de termijn van tien jaar feitelijke scheiding in te korten; maar in deze kwestieuze erfwet hecht men rechtsgevolgen aan een feitelijke scheiding van amper zes maanden (verklaring van I. Van Belle, *Parl. Hand., Kamer*, 5 mei 1981, blz. 1836).

In beginsel maakt het wetsvoorstel Boel veel kans als wet te zullen worden afgekondigd daar, toen het ter bespreking werd gesteld in de Kamer van Volksvertegenwoordigers, geen opmerkingen werden geuit. Maar de ietwat gestrengere senaat moet nog zijn fiat geven.

De open vraag is of de toekomstige (?) nieuwe wet op haar beurt niet louter een schakel zal zijn in een evolutie, zodat in een nabije toekomst misschien een nog kortere termijn van feitelijke scheiding (bijvoorbeeld drie jaar) zal worden aangenomen en eventueel later de duurzame ontwijking van het huwelijk als (enige?) echtscheidingsgrond in aanmerking zal worden genomen (vergelijk J. Pauwels, noot onder Hof Antwerpen, 19 december 1977, *R.W.*, 1979-80, 710). Wat er ook van zij, de opvattingen over huwelijk en echtscheiding zijn correlatief. Sommigen stellen dat de evolutie inzake de echtscheidingswetgeving de uitdrukking is van de desinstitutionalisering en privatisering-contractualisering van het huwelijk (A. Heyvaert «Het wezen van de instituten afstamming en huwelijk», *R.W.*, 1979-80, 766).

5. De berekening van de vereiste termijn van feitelijke scheiding

a. Tijdstip van de vervulling van de voorwaarde

De parlementaire voorbereiding, de rechtsleer en de rechtspraak zijn in deze zin dat de voorwaarde dat de echtgenoten reeds meer dan tien jaar feitelijk gescheiden leven, vervuld dient te zijn op het ogenblik van de aanbidding van het inleidend verzoekschrift tot echtscheiding

aan de voorzitter van de rechtbank. De duur van de feitelijke scheiding gedurende deze echtscheidingsprocedure komt niet in aanmerking (eerste verslag Rombaut, *Parl. Besch.*, Senaat, 1970-71, nr. 38, 20 oktober 1970, blz. 6; C. De Busschere, *o.c.*, blz. 270; W. Delva, *o.c.*, blz. 229; Hof Antwerpen, 21 februari 1979, *R.W.*, 1978-79, 2326; Hof Brussel, 5 maart 1980, *R.T.D.F.*, 1981, 165).

Quid in het volgende geval? Het komt voor dat een vordering tot echtscheiding op grond van fout (artikel 229 of 231 B.W.), eventueel in hoger beroep, gewijzigd wordt in een vordering tot echtscheiding op grond van feitelijke scheiding (art. 232 B.W.). De stelling wordt verdedigd dat de termijn van tien jaar feitelijke scheiding verstreken moet zijn, niet op het ogenblik van de indiening van het oorspronkelijk verzoekschrift tot echtscheiding op grond van artikel 229 of 231 B.W., maar wel op het ogenblik van de wijziging van de vordering (J.P., noot onder Hof Brussel, 18 oktober 1977, *R.W.*, 1979-80, 1926; vgl. F. Rigaux, m.m.v. M. Th. Meulders-Klein, *Les Personnes*, Tome I, *Les relations familiales*, Mis à jour au 1^{er} juillet 1978, Brussel, 1978, blz. 111, nr. 195; Hof Luik 11 januari, *J.L.*, 1976-77, 161).

Ter vergelijking kan aangestipt worden dat in Frankrijk, waar de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding van meer dan zes jaar bestaat (art. 237 C.civ.), er geen eensgezindheid bestaat in verband met de berekening van de termijn. Volgens sommigen dient de vereiste termijn verstreken te zijn op de dag van de indiening van het verzoek tot echtscheiding; voor anderen komt het tijdstip waarop de rechter zijn beslissing neemt, in aanmerking (B. Monsallier, «Le divorce pour rupture de la vie commune (loi du 11 juillet 1975)», *R.T.D.Civ.*, 1980, 274, met verwijzingen).

b. Het vereiste van een ononderbroken termijn

De vereiste termijn van de feitelijke scheiding dient *ononderbroken* te zijn (C. De Busschere, *o.c.*, blz. 271; J.L. Renchon, «A propos de l'article 232 nouveau du Code civil», *J.T.*, 1977, 93; vgl. Rb. Brussel, 5 mei 1976, *R.W.*, 1976-77, 1332; Hof Brussel, 5 maart 1980, *l.c.*: «Il appartient à F.D.B. de prouver que pendant les dix années qui ont précédé le dépôt de sa requête, il n'y a plus eu entre les époux, fût-ce de façon passagère, de communauté de vie se traduisant par un partage habituel de la table et du lit»). De vraag rijst of de termijn onderbroken wordt door een kortstondige samenwoning van de echtgenoten in het kader van een poging tot verzoening, en door de geboorte van een kind tijdens de feitelijke scheiding.

1) *De poging tot verzoening*. Wanneer feitelijk gescheiden echtgenoten zich werkelijk verzoenen maar vervolgens opnieuw uit elkaar gaan, kan de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding toegestaan worden slechts indien de echtgenoten sedert hun (laatste) verzoening tien jaar (huidig recht) feitelijk gescheiden hebben geleefd (vergelijk in verband met het Franse recht: Parijs, 31 maart 1979, *D.S.*, 1979, inf. rap., 164; in casu hadden feitelijk gescheiden echtgenoten ongeveer gedurende een jaar opnieuw samengewoond in een hiertoe gehuurd en uitgerust appartement). De verzoening van de echtgenoten stuit de termijn van de feitelijke scheiding (C. De Busschere, *o.c.*, blz. 272; vgl. M.E. Lampe-Franzen, noot,

R.T.D.F., 1979, 371 en 372). De termijnen van de feitelijke scheiding vóór en na de verzoening mogen dus niet samengeteld worden. Doch een kortstondig samenwonen van de echtgenoten met het oog op een mogelijke verzoening mag niet gelijkgesteld worden met een eigenlijke verzoening (Rb. Hasselt, 18 januari 1977, *Limburgs Rechtsleven*, 1977, nr. 2, blz. 49; vgl. Cass., 25 november 1976, *R.W.*, 1977-78, 223; vgl. art. 244, derde lid, Frans B.W.).

2) *De geboorte van een kind tijdens de feitelijke scheiding*. De termijn van de feitelijke scheiding wordt ook niet noodzakelijk onderbroken door het feit dat tijdens de feitelijke scheiding de vrouw het leven schenkt aan een kind dat door haar echtgenoot niet ontkend is, en dat dus vermoed wordt de echtgenoot van de moeder als vader te hebben. Ook het louter feit dat tijdens een kortstondige periode van samenwoning van echtgenoten die feitelijk gescheiden leven, een kind verwekt is, toont immers op zichzelf niet aan dat er een verzoening tussen de echtgenoten heeft plaatsgevonden. Deze omstandigheden betekenen niet noodzakelijk een onderbreking van de termijn van de feitelijke scheiding in de zin van artikel 232 B.W. (C. De Busschere, *o.c.*, blz. 272; E. Poitevin, en G. Hiernaux, *J.T.*, 1977, 516, nr. 19; Rb. Brussel, 18 april 1977, *R.T.D.F.*, 1978, 258). Overigens maakt het wettelijk vermoeden van vaderschap ten aanzien van een kind geboren tijdens de feitelijke scheiding, aan de zijde van de echtgenoot van de moeder geen bewijs uit van de werkelijkheid van dit vaderschap noch van een verzoening tussen de feitelijk gescheiden echtgenoten die tijdelijk verenigd waren (F. Rigaux, *o.c.*, Brussel, 1978, blz. 106, nr. 182; Hof Antwerpen, 21 februari 1978, *R.W.*, 1978-79, 2326; anders: Rb. Tongeren, 10 februari 1978, *R.W.*, 1978-79, 2332).

Bij de beoordeling van de vraag of de echtgenoten werkelijk tien jaar feitelijk gescheiden leefden, mag de rechter rekening houden met feiten die in tegenstrijd zijn met het vaderschap dat krachtens de wet aan de echtgenoot van de moeder wordt toegekend (P. Senaeve, «Het vermoeden 'Pater is est quem nuptiae demonstrant' en de echtscheiding op grond van tien jaar feitelijke scheiding», *R.W.*, 1978-79, 2288). Met andere woorden, het feit dat de echtgenoot (de man) het tijdens de feitelijke scheiding geboren kind niet te bekwaamere tijd heeft ontkend, heeft niet tot gevolg dat hij thans, om te bewijzen dat de termijn van tien jaar feitelijke scheiding niet onderbroken is geweest, zou mogen aantonen dat hij de echte vader van het kind niet is of niet kan zijn (vergelijk M. Ancel, *Le divorce à l'étranger. Politique législative comparée*, Parijs, 1975, blz. 100, n.a.v. de bespreking van het Italiaans echtscheidingsrecht). Ter staving van deze stelling wordt terecht nog het volgende argument aangevoerd: «Wanneer de wetgever de mogelijkheid heeft geschapen om een niet ontkend wettig kind dat in feite in overspel is verwekt, te erkennen of te wettigen na de voltrekking van de echtscheiding toegestaan op grond van artikel 232 B.W., dan betekent dit uiteraard dat de geboorte van een niet ontkend wettig kind gedurende de tienjarige periode van feitelijke scheiding op zichzelf onmogelijk een beletsel kan vormen voor de toekenning van de echtscheiding op die grond» (Senaeve, *o.c.*, *l.c.*).

3) *Gezamenlijke vakantie*. De termijn van de feitelijke scheiding wordt in beginsel ook niet onderbroken louter om de reden dat feitelijk gescheiden echtgenoten samen

vakantie nemen, bijvoorbeeld in het belang van hun gemeenschappelijke kinderen (vergelijk in verband met het Franse recht: A. Breton, noot, *D.S.*, 1978, inf. rap., blz. 9).

c. *Een feitelijke scheiding bestaande op het ogenblik van het inleiden van de procedure tot echtscheiding o.g.v. art. 232 B.W.*

De wetgever bepaalde niet expliciet dat de feitelijke scheiding dient te bestaan op het ogenblik van de procedure tot echtscheiding, maar dit volgt impliciet uit het voormelde: een «eigenlijke» verzoening tussen de echtgenoten heeft immers tot gevolg dat een nieuwe termijn van tien jaar (weldra vijf jaar) feitelijke scheiding moet verlopen.

d. *Het bewijs van het bestaan en van de duur van de feitelijke scheiding*

Artikel 127bis Ger. W., ingevoegd door de echtscheidingswet van 1 juli 1974, bepaalt dat het bewijs dat de echtgenoten meer dan tien jaar gescheiden leven, geleverd mag worden door alle middelen, met uitsluiting van bekentenissen en eed.

In de rechtsleer wordt deze bepaling bekritiseerd omdat zij afwijkt van het gemene recht daar zij op een te absolute wijze de bekentenis als bewijsmiddel uitsluit (G. Baeteman, W. Delva en M. Bax, «Personen- en Familierecht, Overzicht van rechtspraak (1964-1974)», *T.P.R.*, 1976, 413; J. De Gavre, «Le divorce et la séparation de corps», *T.P.R.*, 1975, 234; C. De Busschere, *o.c.*, blz. 276). Wat de echtscheiding op grond van fout betreft (artikelen 229 en 231 B.W.), wordt de bekentenis immers als bewijs in aanmerking genomen, wanneer vaststaat dat er ter zake geen bedrog of collusie tussen de echtgenoten is (zie recentelijk nog Rb. Mechelen, 16 november 1978, *R.W.*, 1978-79, 1850; vergelijk ook Cass., 7 maart 1975, *Pas.*, 1975, I, 695, *R.W.*, 1974-75, 2264).

In de praktijk worden het bestaan en de duur van de feitelijke scheiding aangetoond aan de hand van inschrijvingen in de bevolkingsregisters, fiscale en sociale zekerheidsdocumenten, veroordelingen, vonnissen en beschikkingen waaruit het afzonderlijk wonen van de echtgenoten blijkt, facturen, kwitanties, poststukken, enz. (G. De Busschere, *o.c.*, blz. 277 met verwijzingen). Het afzonderlijk wonen van de echtgenoten zou ook kunnen blijken uit vermeldingen in notariële akten en uit akten van de burgerlijke stand (Rb. Brussel 18 april 1977, *R.T.D.F.*, 1978, 259). Uit artikel 127bis Ger. W. volgt dat het bestaan en de duur van de feitelijke scheiding eveneens mogen worden bewezen met getuigenverklaringen, en afgeleid mogen worden uit ernstige, precieze en samenhangende vermoedens (C. De Busschere, *o.c.*, blz. 277; Hof Brussel, 5 maart 1980, *R.T.D.F.*, 1981, 165). Er kan in beginsel gesteld worden dat een afzonderlijke inschrijving van de echtgenoten in de bevolkingsregisters een «voldoende» bewijs inhoudt van een ononderbroken feitelijke scheiding; het betreft een vermoeden dat de gedaagde echtgenoot eventueel met tegenbewijzen moet weerleggen (Rb. Brussel, 18 april 1977, *R.T.D.F.*, 1978, 259; vergelijk Hof Antwerpen, 21 februari 1979, *l.c.*). En omgekeerd kan de rechtbank een echtgenoot toelaten het bewijs te leveren dat de echtgenoten in feite tien jaar afzonderlijk woonden,

ondanks het feit dat de echtgenoten gedurende deze periode op hetzelfde adres waren ingeschreven volgens het bevolkingsregister, en ondanks het feit dat deze echtgenoot ten behoeve van de diensten van de sociale zekerheid, een verklaring op eer had afgelegd waarbij hij verzekerde dat de echtgenoten samenwoonden (Hof Brussel, 5 maart 1980, *R.T.D.F.*, 1981, 165).

Hier kan ook herhaald worden dat de geboorte van een niet ontkend kind geen element is dat het bewijs van een tienjarige feitelijke scheiding in de weg staat (zie de bovenvermelde verwijzingen; adde: M. Bax, «Personen- en Familierecht (1977-1979)», *R.W.*, 1979-80, 1738).

6. *Scheiding van tafel en bed op grond van een feitelijke scheiding van meer dan vijf jaar?*

De tekst van het wetsvoorstel Boel, noch de toelichting erbij, noch het verslag Defraigne bevatten enige aanduiding in verband met de mogelijkheid van een scheiding van tafel en bed op grond van een feitelijke scheiding van meer dan vijf jaar. Derhalve dient nagegaan te worden of thans de scheiding van tafel en bed op grond van een feitelijke scheiding van meer dan tien jaar kan worden gevorderd.

De wet van 1 juli 1974 betreffende de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding houdt o.i. in dat alleen de echtscheiding, en dus niet de scheiding van tafel en bed, kan verkregen worden op grond van een feitelijke scheiding. Hiertoe beroepen wij ons op verscheidene tekstargumenten en op de radio legis van deze echtscheidingswet (C. De Busschere, *De feitelijke scheiding der echtgenoten*, Gent-Leuven 1978, blz. 263-266). De rechtsleer is overwegend in die zin (G. Baeteman, *Personen- en Gezinsrecht*, Brussel, 1976, 465; W. Delva, *Personen- en Familierecht*, Gent-Leuven-Antwerpen-Brussel, 1978, 251; M. Puelinckx-Coene, «Het vermogensstatuut van de feitelijk gescheiden echtgenoten, ex-echtgenoten en van de concubinerenden — Enkele raakvlakken met het sociaal zekerheidsrecht», in de bundel *Raakvlakken tussen sociale zekerheid...*, Instituut voor sociaal recht KUL, Brussel, 1979, 180). Sommige auteurs komen tot hetzelfde besluit, zij het op grond van het argument als zou de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding een echtscheiding op grond van *onbepaalde* feiten zijn (F. Rigaux, en M. Th. Meulders-Klein, *o.c.*, blz. 98, nr. 165); doch dit argument kan o.i. niet onderschreven worden (zie boekbespreking in *T.P.R.*, 1979, blz. 128). Enkele auteurs verdedigen evenwel de mogelijkheid *de lege lata* van een scheiding van tafel en bed op grond van feitelijke scheiding (M. Bax, «Personen- en Familierecht», *R.W.*, 1977-78, 2484; G. de Leval, «Droit judiciaire privé et divorce pour cause déterminée», *Ann. Fac.Dr. Liège*, 1977, 329, nr. 31; F.L. «Séparation de fait. Vie en commun hors mariage. Les journées notariales de Gand, 1978, *J.T.*, 1978, 688; D. Sterckx, *J.T.*, 1979, 259).

De rechtspraak is schaars. In een vonnis van Rb. Brussel werd de kwestieuze mogelijkheid aangenomen (Rb. Brussel, 15 februari 1977, *R.N.B.*, 1977, 419), doch even voordien had het Hof van Beroep te Brussel — o.i. terecht — deze mogelijkheid als onwettelijk afgewezen (Hof Brussel, 2 februari 1977, *R.N.B.*, 1977, 252).

De lege ferenda zou kunnen gesteld worden dat de scheiding van tafel en bed op grond van feitelijke scheiding toch een voordeel inhoudt: via de scheiding van tafel en

bed kan men een scheiding van goederen opdringen. Maar het komt ons voor dat een juistere oplossing voor deze gevallen bestaat in een verruiming van de gronden voor een gerechtelijke scheiding van goederen. Bezwaarlijk kan men de instelling van de scheiding van tafel en bed afwenden van het doel waarvoor ze werd ingesteld.

7. *Enkele i.p.r.-aspecten van de feitelijke scheiding van een zekere duur als grond tot echtscheiding*

a. *De Belgische internationaalprivaatrechtelijke openbare orde*

Het kan voorkomen dat, met toepassing van de verwijzingsregelen van het Belgisch internationaal privaatrecht, een Belgische rechtbank een buitenlandse echtscheidingswet dient toe te passen. Quid wanneer in dit geval de eiser, met toepassing van een buitenlandse toepasselijke wet, als echtscheidingsgrond een feitelijke scheiding inroept met een kortere duur dan vereist is in België in artikel 232 B.W. (tien jaar, weldra vijf jaar).

Een buitenlandse echtscheidingswetgeving op grond waarvan de echtscheiding na een — in vergelijking met het Belgisch recht — kortere feitelijke scheiding toegestaan kan worden, is, in principe, niet strijdig met de Belgische internationaalprivaatrechtelijke openbare orde, en de rechtbank kan derhalve in beginsel, met toepassing van de buitenlandse wetgeving, de echtscheiding toestaan.

Er kan ter zake gewezen worden op een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 12 maart 1974 (*Pas.*, 1974, II, 141, *R.W.*, 1973-74, 2386; op dit ogenblik bestond dus in België nog niet de mogelijkheid van echtscheiding op grond van feitelijke scheiding!). Tussen een echtgenoot, onderdaan van de staat El Salvador, en een Belgische vrouw, beiden verblijvende in West-Duitsland, werd door het Hof van Hamburg, de echtscheiding toegestaan, overeenkomstig de Duitse verwijzingsregelen en dientengevolge *het recht van El Salvador*, zonder dat over enige schuldvraag uitspraak werd gedaan, doch op grond van de *volstreckte scheiding der echtgenoten gedurende één jaar of meer*. De ambtenaar van de burgerlijke stand van de Stad Antwerpen, weigerde, na het advies van de procureur des Konings te Antwerpen gevraagd te hebben, het arrest van het Hof van Hamburg over te schrijven. Volgens het Hof van Beroep te Brussel is deze weigering ongegrond; het overweegt «dat het feit dat de Duitse rechter echtscheidingsvoorwaarden voorzien door zijn eigen wetgeving toegepast heeft en de echtscheiding zonder schuldverklaring uitgesproken heeft, overeenkomstig de nationale wet van de man, na beoordeeld te hebben dat de jarenlange scheiding van de echtgenoten tot een zo sterke vervreemding heeft geleid dat een volwaardige huwelijks-gemeenschap niet meer te verwachten is, thans niet van aard is tegen de internationale Belgische openbare orde in te druisen».

In een vonnis van 22 oktober 1975 (*R.W.*, 1975-76, 2023, met noot J.M. Pauwels) overweegt de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel «dat de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding zonder schuldverklaring of de scheiding van tafel en bed op grond van duurzame ontwrichting van het huwelijk niet indruist tegen de Belgische internationale openbare orde». In casu vorderde de man (Nederlandse nationaliteit) tegen zijn vrouw (met Duitse nationaliteit) de scheiding van tafel en bed op grond van

duurzame ontwrichting van het huwelijk (art. 167 Ned. B.W.).

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven had de vraag te onderzoeken of het vonnis van de Rechtbank van Santa Cruz (Bolivië) niet in strijd is met de Belgische internationale openbare orde op grond dat de echtscheiding, met toepassing van de Boliviaanse echtscheidingswetgeving, werd toegestaan op grond van een feitelijke scheiding van meer dan twee jaar, terwijl de Belgische wetgeving enkel de echtscheiding op grond van een feitelijke scheiding van meer dan tien jaar toelaat (*R.W.*, 1978-79, 675). De rechtbank diende deze aangelegenheid te beoordelen omdat de ambtenaar van de burgerlijke stand te Leuven weigerde melding van het vonnis te maken in de rand van de huwelijksakte. De rechtbank overweegt: «dat de in de Belgische wetgeving bepaalde duur van de feitelijke scheiding om echtscheiding te kunnen krijgen zeker geen principe is dat de wetgever als hoofdzakelijk heeft beschouwd voor de gevestigde zedelijke, politieke of economische orde.»

b. *De Franse internationaalprivaatrechtelijke openbare orde*

Er bestaat analoge rechtspraak in Frankrijk, hoewel verschillen in acht moeten worden genomen daar de Belgische en Franse echtscheidingswetgeving in niet onbelangrijke mate verschillend zijn, en de begrippen Belgische en Franse internationaalprivaatrechtelijke openbare orde niet dezelfde zijn, wat evident is.

In sommige landen is de duurzame ontwrichting van het huwelijk een voldoende voorwaarde om de echtscheiding te verkrijgen. Dit is het geval onder meer in Nederland en in Zwitserland. Er wordt dus zelfs geen feitelijke scheiding van een bepaalde duur vereist. De Zwitserse wetgeving, meer bepaald artikel 142 Zwitsers B.W., werd niet strijdig geacht met de Franse i.p.r.-openbare orde, omdat de feitenrechter in het voorgelegde geval had vastgesteld dat de onmogelijkheid van het voortzetten van de echtelijke levensgemeenschap te wijten was aan de fout van beide echtgenoten (Cass. fr., 10 maart 1969, *R.C.D.I.P.*, 1970, 114, met noot H. Batiffol). Deze problematiek komt thans in een ander daglicht te staan nu in Frankrijk, door de echtscheidingswet van 11 juli 1975, de echtscheiding op grond van duurzame ontwrichting van het huwelijk (*rupture de la vie commune*) werd aangenomen (artt. 237 e.v. Frans B.W.).

De Zweedse wetgeving, krachtens welke de echtscheiding na twee jaar feitelijke scheiding kan worden verkregen, werd niet strijdig geacht met de Franse i.p.r.-openbare orde (T.G.I. Parijs, 7 juli 1976, *R.C.D.I.P.*, 1977, 725, met noot I. Fadhallah). In de noot onder het vonnis wordt opgemerkt: hoe zou het anders kunnen nu (in Frankrijk) een regelmatig verworven verstoting in het buitenland niet strijdig wordt geacht met de Franse i.p.r.-openbare orde (geciteerde noot, nr. 13). Er zou trouwens moeilijk kunnen worden aangenomen, aldus I. Fadhallah, dat de termijnen van de feitelijke scheiding, bepaald in het Frans Burgerlijk Wetboek, opgelegd worden als behorende tot de Franse i.p.r.-openbare orde.

c. *Verstoting*

Sommige auteurs vragen zich af in welke mate de verstoting strijdig kan worden geacht met de Belgisch i.p.r.-

openbare orde, nu in België de echtscheiding kan worden opgedrongen na — thans — tien jaar feitelijke scheiding, en weldra na vijf jaar feitelijke scheiding. Quid wanneer de termijn nog zal verkort worden? (Zie J. Erauw, «Het 'openbare orde' begrip en de erkenningsleer m.b.t. buitenlandse echtscheidingen. Binnenkort verstoting tussen Belgische echtgenoten», *R.W.*, 1976-77, 1985; vgl. T. Benattar, «L'ordre public et la reconnaissance de 'divorces privés'», in de bundel *Multitudo legum — ius unum*, *Festschrift für Wilhelm Wengler*, Berlin, 1973, deel 2, blz. 177; R. Lindon, in *Jurisclesseur*, art. 237-241, «Loi du 11 juillet 1975, Divorce - Causes - Divorce pour rupture de la vie commune», fasc. 15, blz. 18, nr. 18). Bij de vergelijking tussen de echtscheiding en de verstoting voorzien in buitenlandse wetgevingen dient onderzocht te worden of het onderscheid tussen de verstoting en de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding niet ligt onder meer op het vlak van (de afwezigheid van) de tussenkomst van de rechtbank, de al of niet eerbiediging van de rechten van de verdediging en het beginsel van de rechtsgelijkheid van man en vrouw.

8. En de huwelijkswachttermijn na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding?

Er is reeds beklemtoond dat het wetsvoorstel Boel beperkt is tot de verkorting van de vereiste termijn van de feitelijke scheiding als grond tot echtscheiding. Het wetsvoorstel bevat dus geen voorstellen tot wijziging van de procedure, of van de gevolgen van de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding. Het is begrijpelijk dat men in een wetsvoorstel betreffende de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding niet wil raken aan de ruimere problematiek van de procedure en van de gevolgen van de echtscheiding op grond van bepaalde feiten — waartoe ook de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding behoort. Doch in de mate dat de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding ook een specifieke echtscheidingsgrond is, had men kunnen specifieke gevolgen van een echtscheiding op die grond op een specifieke wijze kunnen regelen. Men heeft bij de aanneming van de echtscheidingswet van 1 juli 1974 de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding ingepast in het kader van het hoofdstuk van het Burgerlijk Wetboek en van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de echtscheiding op grond van bepaalde feiten — feiten die tot dan bestonden in fouten —, en aldus heeft men, o.i., enkele noodzakelijke specifieke bepalingen «vergeten». Deze kritiek betreft vooral het feit dat, zelfs na echtscheiding op grond van een feitelijke scheiding van meer dan tien jaar, de vrouw geen nieuw huwelijk mag aangaan dan na verloop van driehonderd dagen sinds de ontbinding van het vorige huwelijk (art. 228 B.W.). De bepalingen betreffende de huwelijkswachttermijn, namelijk de artikelen 228 en 296 B.W., blijven onverminderd gelden na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding (C. De Busschere, *o.c.*, blz. 278). Dit werd nog bevestigd door de minister van Justitie in een antwoord op een parlementaire vraag van volksvertegenwoordiger Leclercq. De minister voegde daaraan toe dat de vrouw steeds een inkorting van deze termijn kan vragen overeenkomstig de artikelen 228 en 296 B.W. (zie *R.W.*, 1979-80, 1534; voor een voorbeeld van een verkorting van de huwelijkswachttermijn na echtscheiding op grond van tien jaar feitelijke scheiding, zie *Rb. Brussel*, 27 oktober

1978, *Pas.*, 1978, III, 70). In Frankrijk daarentegen kan de vrouw onmiddellijk hertrouwen nadat het vonnis of arrest waarbij de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding of erge geestesziekte is toegestaan, in kracht van gewijsde is gegaan (artikel 261-1 Frans B.W.; R. Lindon, «La nouvelle législation sur le divorce et le recouvrement public des pensions alimentaires (analyse et commentaire)», *J.C.P.*, 1975, I, 2728, nr. 157). Dit betekent niet dat men zonder meer ter zake het Franse recht moet navolgen, maar het kan betreurd worden dat de Belgische wetgever, blijkens de voorbereiding van de echtscheidingswet van 1 juli 1974, en tot heden bij de bespreking van het wetsvoorstel Boel, dit probleem in verband met de huwelijkswachttermijn niet heeft opgeworpen. Er kan gerepliceerd worden dat de minister van Justitie, in zijn voormelde parlementaire vraag, erop wees dat artikel 38 van het ontwerp van wet tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming en adoptie voorziet in de afschaffing van de huwelijkswachttermijn. Maar de afhandeling van dit wetsontwerp duurt al te lang.

9. Noodzaak van een versoepeling van de procedure van echtscheiding door onderlinge toestemming?

De verkorting van de vereiste termijn van feitelijke scheiding van tien tot vijf jaar zal, in principe, tot gevolg hebben dat, meer dan in het verleden, de echtscheiding op deze grond zal worden aangevraagd. In dit verband mag men trouwens niet vergeten dat het verkrijgen van de echtscheiding op deze specifieke grond, een aantal voordelige rechtsgevolgen inhoudt, zelfs voor de echtgenoot-eiser, welke in andere gevallen van echtscheiding niet bestaan. Men denke maar aan de mogelijkheid van erkenning en wettiging van in overspel verwekte kinderen, geboren driehonderd dagen na het ontstaan van de feitelijke scheiding (artikelen 331 en 335 B.W.), en aan de beperkte retroactieve ontbinding van de gemeenschap/het gemeenschappelijk vermogen tot aan het ontstaan van de feitelijke scheiding (artikel 1278, derde en vierde lid, Ger. W.).

Het «aantrekkelijker» maken van de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding roept bij ons de vraag op of het niet noodzakelijk is de procedure van echtscheiding door onderlinge toestemming te versoepelen. Deze laatste echtscheidingsvorm dient, o.i., immers een voorkeur te genieten, omdat hij, in principe, berust op de wederzijdse instemming van beide echtgenoten, en omdat ingevolge de artikelen 1287 en 1288 Ger. W., in beginsel over de persoonlijke en alle patrimoniale aspecten die de ontbinding van het huwelijk teweegbrengt, een overeenkomst opgesteld dient te worden. Daarenboven belasten echtscheidingen door onderlinge toestemming minder de rechtbanken dan echtscheidingen op grond van bepaalde feiten. Zou het thans niet wenselijk zijn het aantal verschijningen voor de rechtbank, van echtgenoten die uit de echt wensen te scheiden door onderlinge toestemming, te verminderen van drie tot twee? Zijn er principiële redenen die hiertoe een beletsel vormen? Een bijkomend voordeel van een dergelijk voorstel is een verminderd werk voor de rechtbanken. In ieder geval komt het ons noodzakelijk voor dat de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding geenszins, zelfs niet in geringe mate, de echtscheiding door onderlinge toestemming verdringt.

10. Slotopmerking

Naar aanleiding van het wetsvoorstel Boel rijst de vraag of de echtscheidingswetgeving nog verder zal worden versoepeld, of hiertoe een noodzaak zal bestaan, of het wel wenselijk is de echtscheidingswetgeving meer te versoepelen, enz. Kortom, er rijzen verscheidene vragen die het strikte domein van het recht overschrijden. Daarom kan het standpunt van, onder meer, een gezinssocioloog, belangwekkend zijn. In een artikel over «Echtscheiding in België», gaat W.A. Dumon in op verscheidene maatschappelijke problemen in verband met (de tendensen inzake) echtscheiding (*Kultuurleven*, 1979, nr. 1, blz. 5 tot 16). W.A. Dumon stelt onder meer vast dat in de jongste tien jaar (1 januari 1968 tot en met 31 december 1977) er in ons land meer echtscheidingen zijn uitgesproken dan in de voorgaande achttien jaar; het ziet er niet naar uit dat deze trend plotseling zal afbuigen, zodanig dat het niet onwaarschijnlijk is dat we tegen 1985 zowat 20.000 echtscheidingen

per jaar zullen hebben (*Kultuurleven*, 1979, blz. 7). De auteur is van oordeel dat de hoge frequentie van de echtscheiding «in de eerstvolgende jaren één van de punten (zal) zijn die de politici ongetwijfeld zullen beroeren, zodanig dat het niet onwaarschijnlijk is dat de echtscheiding in het komende decennium, b.v. tussen '80 en '85, terug sterk in de politieke belangstelling zal komen» (*Kultuurleven*, 1979, blz. 7). Het komt ons evenwel belangrijk voor dat de aandacht van de politici zal gaan, niet uitsluitend naar de gronden van de echtscheiding, maar ook naar de procedure en vooral naar de gevolgen van de echtscheiding. Er dient, onder meer, ingegaan te worden op de zin (eigenlijk de onzin) van het behoud van bepaalde huwelijksvoordelen na echtscheiding (zie de artikelen 299, 300, 306 en 307 B.W.).

De wetgever zal een algehele bezinning over het echtscheidingsrecht niet meer uit de weg kunnen gaan.

Carl DE BUSSCHERE

KRONIEK

PERSONEN- EN FAMILIERECHT (1979-1980) (slot)

3. De attributen van de afstammingsrelatie

a) De plicht van de ouders hun kinderen kost, onderhoud en opvoeding te verschaffen

63. Toepassing van de artt. 203 en 303 B.W. na echtscheiding door onderlinge toestemming. De ouders zijn verplicht hun kinderen kost, onderhoud en opvoeding te verschaffen (art. 203 B.W.). Ook na de echtscheiding zijn zij verplicht naar evenredigheid van hun middelen bij te dragen in onderhoud en opvoeding van de kinderen (art. 303 B.W.).

Wanneer de ouders uit de echt scheiden door onderlinge toestemming, wordt de bijdrage in het onderhoud van de kinderen conventioneel bepaald (art. 1288, 3°, Ger. W.). In de rechtspraak komt tamelijk frequent de vraag aan bod of de aldus bepaalde bijdrage kan worden gewijzigd in geval van gewijzigde omstandigheden. In de praktijk heeft deze vraag steeds betrekking op de bijdrage die moet worden betaald door de ouder die het hoederecht niet heeft verkregen; de andere ouder komt zijn verplichting immers in natura na en dit impliceert dat zijn bijdrage zonder gerechtelijke tussenkomst bijna voortdurend verandert, naar gelang de levensstandaard, de behoeften van het opgroeiende kind enz. wijzigingen ondergaan.

Om die vraag te kunnen oplossen, moet men een duidelijk onderscheid maken tussen de verplichtingen van de ouders tegenover hun kinderen en hun verplichtingen jegens elkaar, nl. de plicht om naar evenredigheid van middelen bij te dragen in de uitoefening van hun onderhouds- en kostplicht tegenover de kinderen.

De plicht waarover door de uit de echt scheidenden een overeenkomst wordt gesloten, is hun plicht jegens elkaar; over de verplichting tegenover de kinderen kunnen zij niet geldig contracteren.

De overeenkomst tussen de echtgenoten, waarin hun respectieve bijdrage in het onderhoud van de kinderen wordt geregeld door vast te stellen welke de bijdrage (in geld) zal zijn van de ouder die het hoederecht niet heeft verkregen, berust op de wilsautonomie. De echtgenoten komen vrij een regeling overeen en daaraan valt niet te tornen, ook niet wanneer er een kennelijk gebrek aan evenwicht bestaat tussen de bijdragen, zoals in het recente geval van een man wiens bijdrage met 5% vermeerderd werd, telkens als het indexcijfer der consumptieprijzen met 3,5 punt steeg — een regeling die in een tijd van inflatie al vlug tot een spectaculaire aanzwelling van de bijdrage moet leiden (Cass., 14 november 1979, *R.W.*, 1979-80, 2165, met noot J.P.). De conventionele regeling van de bijdragen mag echter nooit tot gevolg hebben dat op een bepaald ogenblik niet meer op voldoende wijze kan voorzien worden in de behoeften van de kinderen. Krijgt de regeling toch deze consequentie, b.v. doordat het inkomen van de ouder, die het hoederecht heeft, verminderd is, dan kan de rechter een wijziging in de bijdrage van de andere ouder bevelen. Een verhoging van het inkomen van deze ouder kan op zichzelf geen reden zijn om een wijziging van zijn bijdrage te rechtvaardigen, aangezien de vroegere echtgenoten het contract moeten respecteren, al heeft dit een grote ongelijkheid tussen hen tot gevolg. Een dergelijke inkomensverhoging kan nochtans onrechtstreeks een middel bieden om een verhoging van

de bijdrage van die ouder te verkrijgen: het recht op kost, onderhoud en opvoeding van de kinderen staat in relatie met de middelen van hun ouders, zodat een verhoging van die middelen ook een uitbreiding van het recht van de kinderen meebrengt; in zoverre aan de nieuwe aanspraken van de kinderen niet kan worden voldaan door de gecumuleerde aanwending van de middelen van de ouder die het hoederecht heeft, en van de bijdrage van de ander, zal deze bijdrage moeten worden verhoogd (F. de Villé-Schyns, noot onder Vred. Fléron, 8 mei 1979, *Rev. Not. B.*, 1980, 150-158; Cass., 14 november 1979, *R.W.*, 1979-80, 2165, met noot J.P.; Rb. Brussel, 13 februari 1979, *Rev. Not. B.*, 1979, 371, met noot F.L.; Vred. Heist-op-den-Berg, 1 juni 1978, *R.W.*, 1979-80, 790). Op grond van de gevolgde redenering is een rechterlijke beslissing tot verhoging van de contractueel gestipuleerde bijdrage wel te rechtvaardigen, maar een beslissing tot vermindering of stopzetting van de betaling van de bijdrage niet. Een vermindering van de bijdrage zal dikwijls een verslechtering van de toestand der kinderen en nooit een verbetering ervan tot gevolg hebben, zodat de enige voorwaarde waaronder de rechter mag afwijken van de overeenkomst tussen de partijen, nooit vervuld kan zijn. Er zijn in de besproken periode nochtans twee vonnissen gepubliceerd, die de vermindering of tijdelijke stopzetting van de bijdrage hebben toegestaan. In een eerste geval werd de beslissing gerechtvaardigd door een beroep op de overmacht, een algemene grond tot niet-nakoming van de verbintenissen, die dus ook hier van toepassing is; t.g.v. een ongeval kon de onderhoudsplichtige man tijdelijk geen inkomsten meer verwerven en kon hij zijn voortbestaan slechts verzekeren dank zij steun van het O.C.M.W. (Vred. Fléron, 8 mei 1979, *Rev. Not. B.*, 1980, 147, met noot F. de Villé-Schyns). Het tweede vonnis is interessanter. Het inkomen van een onderhoudsplichtige vader had t.g.v. een onvoorzienbare ziekte een gevoelige en permanente daling ondergaan, waardoor de te betalen bijdrage een zware last was geworden in verhouding tot zijn inkomen. De vrederechter hanteerde het belang van het kind als criterium om na te gaan of een vermindering van 's mans bijdrage kon worden toegestaan; hij ging ervan uit dat de man de conventioneel bedongen bijdrage wel eens niet meer zou willen betalen, omdat zij nu tot een drukkende last was geworden; om te beletten dat deze mogelijkheid zich zou realiseren en dat het belang van het kind door de staking van betalingen zou worden geschaad, stond het vrederecht een vermindering van de bijdrage toe (Vred. Wilbroek, 30 juni 1978, *R.W.*, 1979-80, 2930, met noot). Deze redenering bevat twee fouten. Allereerst is het belang van het kind een veel te vaag criterium voor de vraagstelling die hier specifiek aan de orde is. Het belang van het kind ligt op het materiële, affectieve, intellectuele vlak enz. en kan, t.g.v. zijn rekbaarheid, worden gebruikt om zowat elke stelling te staven. Hier had de vrederechter gebruik kunnen en moeten maken van een veel preciezer criterium: kreeg het kind zonder deze wijziging op het materiële vlak datgene waarop het volgens de artt. 203 en 303 B.W. aanspraak kon maken? Dit is een vraag waarop door ons, bij gebrek aan gegevens, bezwaarlijk kan worden geantwoord, maar men kan wel met zekerheid stellen dat een vermindering van de onderhoudsbijdrage van de vader nooit als resultaat

kan hebben, dat de kinderen hun rechten ex artt. 203 en 303 B.W. krijgen, wanneer ze die vroeger al niet kregen. De tweede fout van de vrederechter is moeilijk te begrijpen: men kan inzien dat de vader weinig zin heeft om de bijdrage te blijven betalen, maar dan is er nog altijd dwanguitvoering mogelijk. I.c. zou het mogelijk geweest zijn beslag te leggen op een deel van de sociale uitkering van de vader, aangezien de beperkingen t.a.v. het beslag op sociale uitkeringen, gesteld in art. 1410 Ger. W., niet van toepassing zijn op onderhoudsverplichtingen (art. 1412, 1^o, Ger. W.). Door uit de mogelijke onwilligheid van de schuldenaar een vermindering van diens schuld af te leiden, heeft de vrederechter impliciet beslist dat wie niet wil betalen ook maar niet moet betalen. Welke waarde heeft een verbintenis dan nog?

64. Geregeld duikt in de rechtspraak de vraag op welke rechtbank bevoegd is t.a.v. de bijzondere onderhoudsverplichting van de ouders tegenover hun kinderen, *wanneer het huwelijk reeds ontbonden* is door de overschrijving van het beschikkend gedeelte van het echtscheidingsvonnis door de ambtenaar van de burgerlijke stand, *maar de tegeneis nog hangende is* (cf. M. Bax, «Kroniek van het personen- en familierecht (Gerechtelijk jaar 1976-1977)», *R.W.*, 1977-78, 2480, nr. 12). Volgens de Arrondissementsrechtbank te Doornik zou de vrederechter bevoegd zijn als algemeen bevoegde rechter inzake uitkering tot onderhoud (art. 591, 7^o, Ger. W.) (Arrond. Doornik, 5 februari 1978, *Rev. trim. dr. fam.* 1979, 275). Op vordering van het openbaar ministerie werd het vonnis van de arrondissementsrechtbank echter vernietigd door het Hof van Cassatie (Cass., 3 mei 1979, *Rev. trim. dr. fam.*, 1979, 279, *R.W.*, 1979-80, 1629). Het Hof verwees het geschil over de onderhoudsverplichting echter niet naar de jeugdrechtbank, zoals het openbaar ministerie gevraagd had, maar naar de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, rechtdoende in kort geding, met als motief dat de voorzitter bevoegd blijft om voorlopige maatregelen te treffen gedurende heel het echtscheidingsgeding (art. 1280 Ger. W.), ook wanneer alleen de tegeneis nog hangende is; deze bevoegdheid verdwijnt na de ontbinding van het huwelijk alleen voor de wederzijdse rechten en plichten van de echtgenoten, die dan uiteraard niet meer bestaan. Het Hof beschouwde de vordering tot wijziging van het onderhoudsgeld als een «voorlopige eis... die samengaat met de genoemde eis tot echtscheiding die de beslissingen nopens de persoon en de goederen van die kinderen en de bijdragen van de vader en de moeder in hun onderhoud kan beïnvloeden». Het bevestigde hiermee zijn vroegere rechtspraak (Cass., 30 april 1964, *Pas.*, 1964, I, 922, twee arresten).

De stelling van het openbaar ministerie in deze zaak kan zeker niet gevolgd worden. De jeugdrechtbank is niet bevoegd. Art. 302 B.W. geeft de jeugdrechtbank alleen de bevoegdheid om beslissingen te nemen betreffende het bestuur over de persoon en de goederen van de kinderen. De onderhoudsverplichting van de ouders tegenover hun kinderen valt zeker niet onder hun bestuursbevoegdheid t.a.v. de goederen van hun kinderen, het nakomen (of niet-nakomen) van die verplichting is integendeel een uitoefening van hun be-

stuursbevoegdheid over hun eigen goederen. De jeugdrechtsbank zou alleen bevoegd kunnen zijn voor een onderhoudsvordering, wanneer deze vordering een accessorium is van een vordering m.b.t. hoede- en bezoekrecht over de kinderen. Welke rechtbank dan wel bevoegd is, lijkt niet zonder meer duidelijk te zijn. Er zijn zowel argumenten voor de vrederechter als voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, maar geen van deze argumenten is doorslaggevend. Krachtens art. 1280 Ger. W. kan de voorzitter in elke stand van het geding — strikt genomen dus ook als alleen de tegeneis nog hangende is — voorlopige maatregelen treffen. Men kan zich evenwel afvragen hoe «voorlopig» deze maatregelen nog zijn, nu ze genomen worden na de ontbinding van het huwelijk. Het argument van het Hof van Cassatie, dat de uitspraak over de tegeneis tot echtscheiding de beslissing over de bijdrage van de ouders in het onderhoud van de kinderen nog kan beïnvloeden, is alleen relevant in de gevallen waarin er voorheen geen voorlopige maatregelen zijn genomen, zodat de hoede over de kinderen na de echtscheiding toekomt aan degene die de echtscheiding heeft verkregen (art. 302, tweede lid, B.W.), hetgeen vanzelfsprekend determineert welke ouder zijn bijdrage door een betaling in geld zal moeten leveren; in alle andere gevallen kan die bijdrage echter volledig los van het schuld criterium bepaald worden, zodat de beslissing inzake de tegeneis er geen weerslag op kan hebben en het argument voor het handhaven van de bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg zijn waarde verliest. De bevoegdheid van de vrederechter is evenmin buiten betwisting aantoonbaar. Art. 591, 7^o, Ger. W., dat de algemene bevoegdheid van de vrederechter inzake onderhoudsvorderingen inhoudt, maakt een uitzondering voor de onderhoudsvorderingen die verband houden met een vordering tot echtscheiding waarover nog geen einduitspraak is geveld door een in kracht van gewijsde gegaan vonnis of arrest. De bevoegdheid van de vrederechter is er dus van afhankelijk of men de tegeneis tot echtscheiding, nadat het huwelijk al ontbonden is, nog als een echtscheidingsvordering beschouwt. Deze vordering draagt wel die naam, maar aangezien zij de echtscheiding nu eenmaal niet meer tot gevolg kan hebben, maar alleen nog belang heeft voor sommige gevolgen van de echtscheiding, kan men staande houden dat zij geen echtscheidingsvordering is en dat de onderhoudsvordering, ingesteld terwijl de tegeneis nog hangende is, bijgevolg niet onder de uitzonderlijke onderhoudsvorderingen valt, die onttrokken zijn aan de bevoegdheid van de vrederechter. Er bestaat evenwel geen consensus over de stelling dat de tegeneis na de ontbinding van het huwelijk — of ook al na het definitief worden van het echtscheidingsvonnis — geen echtscheidingseis meer is (*anders*: Cass., 5 januari 1978, *R.W.*, 1978-79, 897).

65. *Toepassing van art. 203 B.W. voor meerderjarige kinderen.* De plicht van de ouders om de kinderen kost, onderhoud en opvoeding te verschaffen blijft voortduren na het bereiken van de meerderjarigheid door de kinderen, wanneer zij op dat ogenblik nog niet zelfstandig in hun levensonderhoud kunnen voorzien. De vrederechter te Brugge heeft de aanspraak van bij hun moeder inwonende meerderjarige kinderen van uit de echt gescheiden ouders, die van hun vader een bijdrage in de kosten van hun studie

eisen, gekoppeld aan het naleven van een consultatie- en informatieplicht door de kinderen. De vader die het hoederecht niet had, had niet deelgenomen aan de beslissing om die studie aan te vatten; de kinderen moesten hem daarom minimaal hierover ingelicht hebben en hem geregeld geïnformeerd hebben over het verloop van hun studie. Aangezien zij in deze plicht te kort geschoten waren, hoewel zij reeds in een vroeger vonnis aangemaand waren om hun vader geregeld te informeren, hadden zij ook geen aanspraak tegen de vader voor een bijdrage in de kosten van hun studies (Vred. Brugge, 14 mei 1976, *R.W.*, 1979-80, 1783; Vred. Brugge, 9 december 1977, *R.W.*, 1979-80, 1787, met noot J. Pauwels).

De wettelijke grondslag van deze beslissing komt niet duidelijk naar voren uit de vonnissen. Is het de plicht voor de kinderen om eerbied en ontzag voor hun ouders te hebben (zoals gesuggereerd wordt in Vred. Brugge, 14 mei 1976, *R.W.*, 1979-80, 1783)? Dat is moeilijk aan te nemen, want een tekortkoming aan deze plicht ontslaat de ouders in het algemeen niet van de verplichtingen van art. 203 B.W. De enige redelijke grondslag is te vinden in de redenering dat de ouders, om hun meerderjarige kinderen op doelgerichte wijze te kunnen onderhouden en opvoeden, moeten weten welke mogelijkheden de kinderen reeds hebben om zelfstandig in hun levensonderhoud te kunnen voorzien en welke mogelijkheden zij nog moeten verwerven. Indien de kinderen hen opzettelijk deze kennis onthouden, stellen zij de ouders zelf in de onmogelijkheid om hun plicht naar behoren te vervullen, en zijn de ouders bijgevolg ook niet gehouden om onderhoudsgeld op basis van art. 203 B.W. te betalen (cf. J. Pauwels, «De ouderlijke plicht nadat de ouders uit de echt gescheiden en de kinderen meerderjarig geworden zijn», *R.W.*, 1979-80, 1790).

66. Over de plicht van de ouders om hun kinderen kost, onderhoud en opvoeding te verschaffen en over de ontwikkelingen die deze plicht eventueel zou ondergaan na een hervorming van het afstammingsrecht, leze men nog: E. Vieujean, «L'entretien des enfants», *Ann. Dr.*, 1979, 239-264.

b. De ouderlijke macht

67. De moeder van een in overspel verwekt kind waarvan de vaderlijke afstamming ontkend is, behoudt de ouderlijke macht over het kind en kan het bijgevolg vertegenwoordigen bij het verrichten van proceshandelingen (Rb. Brussel, 12 januari 1977, *R.W.*, 1979-80, 1300, met noot J. Pauwels). Dit kan thans met stelligheid gezegd worden, aangezien krachtens de Marckxdoctrine de afstamming geënt is op de biologische relatie tussen ouder en kind. Deze biologische relatie (en dus ook de afstammingsrelatie) met de moeder blijft evident ook bestaan na een ontkenning van vaderschap. Voor het arrest Marckx was deze stelling echter helemaal niet zo vanzelfsprekend. Weliswaar ontnemt geen enkele bepaling de ouderlijke macht aan de vrouw die een kind heeft gebaard, waarvan de vaderlijke afstamming ontkend is, maar anderzijds werd vroeger de relatie tussen de biologische ouder en het kind geboren uit een overspelige relatie niet als een afstammingsrelatie beschouwd (cf. art. 335 B.W., dat zelfs de vaststelling van deze relatie in de regel uitsluit, en art. 762 B.W., dat de in overspel verwekte kinderen onge-

kwaam maakt om te erven van hun ouders). Welnu, aangezien de ouderlijke macht een attribuut van de afstammingsrelatie tussen ouders en kinderen is, kon er vroeger ernstige twijfel over bestaan of de gehuwde vrouw na een ontkenning van vaderschap nog de ouderlijke macht bezat over het uit haar geboren kind.

68. *Hoederecht na echtscheiding*. Art. 302 B.W. geeft de jeugdrechtbank de bevoegdheid af te wijken van de regeling die uit de echt gescheiden echtgenoten m.b.t. het hoederecht over de kinderen hebben getroffen tijdens de echtscheidingsprocedure en hebben laten bekrachtigen door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg (art. 1258 Ger. W.). Die bevoegdheid houdt vanzelfsprekend in dat de jeugdrechtbank het hoederecht kan geven aan de ouder die het in de overeenkomst niet gekregen had. Volgens het Hof van Cassatie gaat de bevoegdheid van de jeugdrechtbank echter nog verder en kan zij ter gelegenheid van de wijziging van het hoederecht bepalen dat de materiële bewaring van het kind door een derde moet worden waargenomen. In concreto werd de hoede over het kind, die vroeger bij de man berustte, aan de vrouw toevertrouwd, onder voorwaarde het kind bij de moeder van de man te laten, aangezien het daar steeds was opgevoed en een bruuske verandering van omgeving nadelig zou zijn voor het kind (Cass., 26 april 1979, *R.W.*, 1979-80, 776, *Rev. trim. dr. fam.*, 1980, 153, *Doc. Jeugdbescherming*, I - 367).

Het Hof van Cassatie wijst er in deze beslissing uitdrukkelijk op dat art. 302 B.W. de jeugdrechtbank de bevoegdheid geeft «in het belang van het kind» steeds een andere regeling te treffen dan overeengekomen is tussen de ouders. Allicht leidt het Hof uit de verwijzing naar het belang van het kind af dat de jeugdrechtbank zich er niet toe hoeft te beperken het hoederecht aan een van beide ouders toe te kennen, maar daarnaast ook andere maatregelen kan treffen. De extensieve interpretatie, die het Hof aan art. 302, derde lid, B.W. geeft, stuit echter op verscheidene bezwaren.

Allereerst vertoont het gebod om de materiële bewaring over de kinderen bij een derde te laten een sterke overeenkomst met de maatregel van opvoedingsbijstand, die krachtens art. 31, 4°, van de jeugdbeschermingswet genomen kan worden t.a.v. de ouders, wanneer de gezondheid, veiligheid of zedelijkheid van hun minderjarig kind gevaar loopt, of wanneer de omstandigheden, waarin het kind opgevoed wordt, gevaar opleveren (art. 30 Jeugdbeschermingswet). De wet op de jeugdbescherming voorziet in art. 31 in verschillende maatregelen van opvoedingsbijstand, die een bepaalde gradatie doorlopen. De plaatsing bij een betrouwbare persoon, als bedoeld in art. 31, 4°, wordt door de wet zelf als uitzonderlijk bestempeld.

Nu kan deze maatregel niet zonder meer gelijkgesteld worden met het toevertrouwen van de materiële bewaring van een kind aan een derde; de plaatsing bij een betrouwbare persoon kan (maar hoeft niet te) impliceren dat het kind voor de duur van de maatregel opgevoed wordt door de persoon bij wie het geplaatst is, terwijl de ouder tegen wie geen maatregel in het kader van de Jeugdbeschermingswet genomen is, maar die het kind in de materiële bewaring van een derde moet laten, het recht behoudt om alle beslissingen inzake de opvoeding te nemen. Juridisch is er wel degelijk een verschil, maar in de praktijk hebben beide maatregelen ongeveer hetzelfde re-

sultaat. Hoe kan immers de ouder die het hoederecht heeft, dit uitoefenen, als hij het kind niet dagelijks meemaakt, het zich niet ziet ontwikkelen, de opvoeding ervan niet op de voet kan volgen? Door de materiële bewaring van het kind aan een derde toe te vertrouwen wordt die ouder in de onmogelijkheid gesteld de dagelijkse beslissingen m.b.t. de opvoeding van het kind zelf te nemen; de fundamentele beslissingen (b.v. schoolkeuze, godsdienstondericht) kan hij wel nemen, meer er is geen enkele reden om aan te nemen dat hij beter geïnformeerd is dan de ouder die slechts over een bezoekrecht en een toezichtsrecht beschikt (zie *infra*), en hij kan die beslissingen dus bezwaarlijk op verantwoorde wijze nemen. De beperking die aldus aan de uitoefening van zijn ouderlijke macht wordt aangebracht, lijkt in hoge mate op de beperkingen die voortvloeien uit de meest uitzonderlijke maatregel van opvoedingsbijstand, en overtreft zelfs de uitwerking van de maatregelen van opvoedingsbijstand, opgesomd in art. 31, 1° tot en met 3°, van de Jeugdbeschermingswet. Welnu, wanneer er een bijzondere wet bestaat, die maatregelen voorschrijft, die afbreuk doen aan de prerogatieven van de ouderlijke macht, mits een bepaalde voorwaarde (nl. een gevaar voor het kind) gerealiseerd is, dan is het niet aanvaardbaar op basis van een ruime interpretatie van een meer algemene bepaling gelijkaardige maatregelen, waarvoor de in de Jeugdbeschermingswet gestelde voorwaarden niet aanwezig moeten zijn, op te leggen.

Een tweede grond van kritiek op de interpretatie, door het Hof van Cassatie aan art. 302, derde lid, B.W. gegeven, ligt erin, dat die uitlegging de jeugdrechtbank toelaat na een echtscheiding de uitoefening van de ouderlijke macht van beide ouders te beperken op een wijze die vóór de echtscheiding — en zeker tijdens het samenleven van de echtgenoten — onmogelijk was. Uiteraard brengt de echtscheiding praktische problemen betreffende de uitoefening van de ouderlijke macht mee: er moet een regeling van hoede- en bezoekrecht getroffen worden, waardoor noodzakelijk een van beide ouders van de rechtstreekse uitoefening van de ouderlijke macht wordt uitgesloten. Men ziet echter niet goed in op grond waarvan de jeugdrechtbank, naast die praktisch onvermijdelijke beperking, de ouders na de echtscheiding nog verdergaande beperkingen zou kunnen opleggen, wanneer dit zeker niet mogelijk zou zijn voor samenwonende echtgenoten, tenzij — weerom — op basis van de wet op de jeugdbescherming.

De ouderlijke macht wordt door de echtscheiding als dusdanig inderdaad niet aangetast (met uitzondering van het verlies van het wettelijk genot van de goederen der kinderen: art. 386 B.W.). In feite wordt hier jurisprudentieel een nieuwe sanctie op de echtscheiding geïntroduceerd, zonder dat er enige wettelijke aanwijzing in die zin te vinden is.

Het toekennen van de materiële bewaring van een kind aan een derde roept ten slotte nog het probleem op van de organisatie van de contacten tussen het kind en de ouder die het hoederecht heeft. Aangezien het kind zijn dagelijkse leven bij een derde doorbrengt, moeten de contacten tussen die ouder en het kind in hun uiterlijke verschijning wel een bijzondere sterke overeenkomst vertonen met de uitoefening van een bezoekrecht. Men kan de houder van het hoederecht nochtans bezwaarlijk een bezoekrecht toekennen, want dat zou nu precies impliceren dat hij het

hoederecht niet bezit. Heeft hij evenwel geen bezoekerrecht, dan wordt zijn recht om het kind te zien en om voortdurend geïnformeerd te worden over zijn ontwikkeling erg wazig: men kan niet aannemen dat hij onbeperkt contacten met het kind mag onderhouden, want dan zou hij het kind ook bij zich kunnen opnemen, hetgeen strijdig zou zijn met de gerechtelijke beslissing waardoor de materiële bewaring van het kind aan een derde is toevertrouwd; bij gebrek aan een recht om voortdurend in contact te treden met het kind en in afwezigheid van enige regeling is de organisatie van geregelde contacten tussen ouder en kind echter afhankelijk van de goede verstandhouding tussen de ouder en degene die het kind bij zich heeft; die verstandhouding zal in vele gevallen zoek zijn, wanneer de rechtbank — zoals in het besproken geval — het kind tegen de wil van de ouder onder de materiële bewaring van de derde heeft geplaatst.

Uiteindelijk wordt het aldus mogelijk dat het hoederecht nog minder om het lijf heeft dan het bezoekerrecht en dat de houder van het hoederecht t.g.v. een gebrek aan affectieve relaties met het kind en informatie over de wensen en problemen van het kind, niet meer beschikt over de middelen om het bestuur over de persoon en de goederen van het kind uit te oefenen: de eigen opties voor de opvoeding van het kind realiseren, is hem helemaal onmogelijk zonder de actieve medewerking van de derde; het besturen van de goederen van het kind wordt een louter administratieve taak, wanneer dit niet gekoppeld is aan de opvoeding en een daarmee gepaard gaande visie over de toekomstige belangen van het kind. Het toekennen van de materiële bewaring van het kind aan een derde leidt er dus toe dat aan het hoederecht geen realiteit meer beantwoordt.

Men kan concluderen, dat de extensieve interpretatie van art. 302, derde lid, B.W. verworpen moet worden. Als men wil vermijden in de hier gesignaleerde contradicties terecht te komen, moet men, in tegenstelling tot de lijn die door het hoogste rechtcollege wordt aangegeven, de mogelijkheden die de jeugdrechtbank uit dit artikel kan putten, beperken tot het toekennen of wijzigen van hoede- en bezoekerrecht, zonder hieraan voorwaarden te mogen koppelen, die op een feitelijke uitholling van de attributen van de ouderlijke macht neerkomen. Indien de ouderlijke macht misbruikt wordt, beschikt de jeugdrechtbank over een reeks bevoegdheden in het kader van de Jeugdbeschermingswet, die moeten volstaan om misbruiken in te dijken.

69. Evenmin als men art. 302 B.W. van zijn doel mag afwenden door het te gebruiken om jeugdbeschermingsmaatregelen te nemen, mag men gebruik maken van de artt. 36-37 van de Jeugdbeschermingswet om een wijziging te brengen in het hoederecht over de kinderen na echtscheiding. I.c. ging het over de hoede over een twaalfjarig kind, dat, na de vakantie bij zijn vader te hebben doorgebracht, weigerde naar de moeder terug te keren. De jeugdrechtbank had vastgesteld dat de veiligheid van het kind gevaar liep (art. 36, 2°, Jeugdbeschermingswet), wanneer het nog langer bij de moeder moest blijven, aangezien het daar niet wou blijven en dus zou kunnen wegllopen; daarom had zij het kind geplaatst bij «een betrouwbaar persoon» (art. 37, 3°, Jeugdbeschermingswet): de vader. Het hof van beroep wijzigde deze beslissing, omdat hier eigenlijk een wijziging van het hoederecht werd bevolen, een beslissing die alleen gegrond kan zijn op art. 302 B.W.

(Hof Brussel, 7 juni 1979, *Doc. Jeugdbescherming*, III - 93; zie ook Hof Bergen, 19 augustus 1979, *Doc. Jeugdbescherming*, III - 98, een arrest waarin werd aangenomen dat een vijftienjarig meisje dat na een verblijf bij een tante weigerde bij haar moeder terug te keren, door deze weigering in gevaar verkeerde; het meisje werd krachtens art. 37, 3°, van de Jeugdbeschermingswet in een instelling geplaatst).

70. Kan de jeugdrechtbank aan een uit de echt gescheiden ouder elk bezoekerrecht ontzeggen? De Jeugdrechtbank te Brussel heeft geweigerd bezoekerrecht toe te kennen aan een vrouw die gedurende verscheidene jaren geen enkele poging had ondernomen om in contact te treden met haar kinderen en ook nooit tevoren bezoekerrecht gevraagd had. Pas toen haar vroegere echtgenoot en zijn nieuwe vrouw een procedure tot wettiging door adoptie van haar kinderen hadden ingesteld, had zij een vordering tot het verkrijgen van een bezoekerrecht ingeleid. De rechtbank motiveerde haar weigering door erop te wijzen dat het recht om persoonlijke relaties te onderhouden met kinderen een aard- en doelgebonden recht is. Wie een beroep doet op dat recht met het kennelijk doel de relatie tussen de kinderen en de vrouw die hen in feite opvoedt en die zij als hun moeder beschouwen, te verstoren, maakt misbruik van zijn recht (Jrb. Brussel, 16 juni 1978, *Doc. Jeugdbescherming*, I - 366).

Deze beslissing is toe te juichen, omdat zij de primauteit geeft aan het reële ouderschap boven een inhoudsloos geworden afstammingsrelatie. Ook de motivering is te volgen. Het bezoekerrecht van de ouder die het hoederecht niet heeft verkregen, heeft een dubbele functie: de uitoefening van het toezichtsrecht (art. 303 B.W.) mogelijk maken en de ouder en het kind de gelegenheid geven affectieve relaties met elkaar te onderhouden. Wie dit recht niet wil aanwenden voor een van die doeleinden, maar louter om anderen te schaden, mag het niet uitoefenen, het recht bestaat immers niet los van zijn doel. De beslissing om een ouder elk bezoekerrecht te ontzeggen moet evenwel vanzelfsprekend steeds herzien kunnen worden, wanneer blijkt dat de ouder het recht niet meer alleen wil aanwenden om anderen te schaden, ook al zou dit een van zijn motieven zijn; anders zou die beslissing neerkomen op een verdoken ontzetting uit de ouderlijke macht — weliswaar zonder verlies van de onderhoudsvordering — aangezien er zonder het bezoekerrecht ook geen toezichtsrecht — het enige overgebleven attribuut van de ouderlijke macht voor wie het hoederecht niet heeft — mogelijk is.

71. In nr. 64 werd reeds ingegaan op de bevoegdheidsproblemen die zich voordoen wanneer maatregelen worden gevraagd in een echtscheidingsprocedure op tegeneis, terwijl het huwelijk al ontbonden is. In betwistingen over het hoede- en bezoekerrecht t.a.v. de kinderen bestaat er in de rechtspraak twijfel tussen de bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg in het raam van de echtscheidingsprocedure en de bevoegdheid van de jeugdrechtbank. Niettegenstaande volgens het Hof van Cassatie de voorzitter bevoegd is (Cass., 3 mei 1979, *Rev. trim. dr. fam.*, 1979, 279, *R.W.*, 1979-80, 1629), verklaart de tekst van de wet (art. 302 B.W.) hier duidelijk de jeugdrechtbank bevoegd: na de ontbinding van het huwelijk kan de jeugdrechtbank in alle gevallen — dit sluit dus ook de hypothese van een nog niet beslechte tegen-

vordering tot echtscheiding in — een andere beslissing over het hoederecht nemen dan degene die volgt uit de toepassing van art. 302, eerste en tweede lid, B.W. (J.L. Renchon, «La prorogation de compétence du président statuant en référé après la transcription du divorce pour cause déterminée», *Rev. trim. dr. fam.*, 1979, 286; F. Rigaux, *o.c.*, p. 529, nr. 2122, p. 760, nr. 3125, p. 762, nr. 3132).

De voorlopige maatregelen, die in de loop van de echtscheidingsprocedure genomen zijn, worden krachtens art. 302, eerste lid, B.W. definitief na de ontbinding van het huwelijk. Het is dan uiteraard niet meer mogelijk ze nog te wijzigen door voorlopige maatregelen. De twijfels over de bevoegdheid zijn hier — i.t.t. de moeilijkheden die gerezen zijn m.b.t. de bevoegdheidsregeling voor onderhoudsvorderingen op grond van de artt. 203 en 303 B.W. (zie nr. 64) — dus niet gegrond: de wet wijst ondubbelzinnig de jeugdrechtbank aan. Tot welke de rechtszekerheid teisterende distincties het aannemen van de bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg kan leiden, blijkt overigens uit twee beschikkingen van de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, die op dezelfde dag gewezen zijn (Voorz. Brussel, 14 mei 1979, *Rev. trim. dr. fam.*, 1979, 281; Voorz. Brussel, 14 mei 1979, *Rev. trim. dr. fam.*, 1979, 282, met noot J.L. Renchon): in het ene geval verklaart de voorzitter zich bevoegd, in het andere geval wijst hij zijn bevoegdheid van de hand, omdat de tegenvordering weliswaar formeel nog aanhangig is, maar er sedert acht jaar niets ondernomen is om ze tot een goed einde te brengen, waaruit afgeleid moet worden dat de eiser op tegeneis ervan afgezien heeft. Deze beslissingen zijn weliswaar logisch compatibel, maar zij roepen de lastige (en, gelet op het voorgaande, volkomen overbodige) vraag op hoeveel tijd er moet verstrijken sinds de laatste proceshandeling opdat de bevoegdheid van de voorzitter uitgeput is.

72. Voor een kritische evaluatie van de juridische touwtrekkerij over de kinderen na een echtscheiding lezen men nog: P. Arteel, E. Verhellen en J. Vermassen, «Kinderrechten en echtscheiding. On-recht als hoogste belang van het kind?», *Panopticon*, 1980, 45-56; A. Heyvaert, «En wat met de kinderen bij echtelijke moeilijkheden van de ouders?», in M. Coene (red.), *Statuut van het kind*, Ced-Samsom, Brussel, 1980, p. 309-325.

73. De pleegvoogdij is een uitzondering op de normale uitoefening van ouderlijke macht en ouderlijke plicht. Gedurende de pleegvoogdij wordt de plicht kinderen kost, onderhoud en opvoeding te verschaffen immers door de pleegvoogd vervuld; hij heeft dan ook de bewaring van het kind, al moeten bepaalde belangrijke handelingen (bv. het verlenen van toestemming tot het huwelijk) nog steeds door de ouders verricht worden. Wegens haar belang en haar uitzonderingskarakter is de pleegvoogdij aan bepaalde pleegvormen gebonden: een bij authentieke akte vastgelegde overeenkomst tussen de ouders en de pleegvoogd en een bekrachtiging van deze overeenkomst door de jeugdrechtbank. De toestemming van de ouders moet aanwezig zijn bij het verlijden van de akte; nergens wordt uitdrukkelijk vereist dat zij toestemmen op het ogenblik van de homologatie van de pleegvoogdij door de jeugdrechtbank. Aangezien art. 5 van de wet op de pleegvoogdij, ingelast in het Burgerlijk Wetboek als hoofdstuk

Ibis van titel X van boek I, echter bepaalt dat de jeugdrechtbank een einde kan maken aan de pleegvoogdij op verzoek van degenen die hun toestemming hebben moeten geven voor de pleegvoogdij, kan de jeugdrechtbank eveneens weigeren de pleegvoogdij te homologeren, wanneer de ouders hun toestemming intrekken tussen het verlijden van de pleegvoogdijakte en het vonnis van de jeugdrechtbank. Dat is zeker het geval, wanneer de ouders in staat zijn het kind zelf op te voeden, en wanneer blijkt dat de moeder de toestemming tot de pleegvoogdij gegeven heeft in depressieve toestand (Hof Brussel, 14 juni 1979, *R. W.*, 1979-80, 2053, met noot J.P.).

4. Problemen i.v.m. de toepassing van vreemd afstammingsrecht in de Belgische rechtsorde

74. Bij de toepassing van vreemd recht in de Belgische rechtsorde kunnen talrijke problemen voorkomen, zo o.m. m.b.t. de interpretatie van de vreemde wet en m.b.t. de toepassing van in ons recht onbekende juridische categorieën. In de rechtspraak betreffende het afstammingsrecht, die gedurende het gerechtelijk jaar 1979-1980 werd gepubliceerd, hebben zich nu precies belangwekkende problemen i.v.m. deze twee thema's voorgedaan. Die vragen worden hier behandeld, omdat de toepassing van het vreemde recht in onze rechtsorde in een dubbel opzicht een licht werpt op het eigen recht. Enerzijds moet het vreemde recht als geïncorporeerd in het Belgisch recht beschouwd worden, voor zover het krachtens een verwijzingsregel van het Belgisch i.p.r. toepassing vindt; in die mate is het dus Belgisch recht. Anderzijds vergt de «vertaling» van vreemde wetten en rechtsbegrippen in termen van ons recht een inzicht in de betekenis van de eigen wetten en begrippen, dat niet altijd met dezelfde scherpere vereist is voor de oplossing van internrechtelijke rechtsvragen.

75. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven moest oordelen over een vordering tot ontkenning van vaderschap, ingesteld door een Italiaan (zie nr. 22). Zij verklaarde de Italiaanse wet van toepassing (Rb. Leuven, 8 januari 1979, *R. W.*, 1979-80, 258). Bij deze toepassing liep het evenwel mis. Eerst beriep de rechtbank zich op art. 235-1 Codice civile, dat zou bepalen dat ontkenning van vaderschap mogelijk is ingeval de man zich ten gevolge van verwijdering of enig ander feit gedurende de wettelijke conceptieperiode in de fysieke onmogelijkheid bevond om geslachtsgemeenschap te hebben met zijn echtgenote. Helaas verloor zij uit het oog dat de wet van 19 mei 1975 (*Gazzetta Ufficiale*, 23 mei 1975) ingrijpende wijzigingen heeft aangebracht in het Italiaanse huwelijks- en afstammingsrecht, en zo o.m. art. 235-1 Codice civile heeft veranderd; dit artikel bepaalt thans dat ontkenning van vaderschap steeds mogelijk is, wanneer de echtgenoten in de wettelijke conceptieperiode geen geslachtsgemeenschap gehad hebben. De nieuwe wet was duidelijk van toepassing: het kind was pas geboren in 1978. Vervolgens waagde de rechtbank zich aan een interpretatie van de Italiaanse wet: zij stelde vast dat deze wet gelijkluidend is met art. 312 B.W. en concludeerde daaruit dat een ontkenning van vaderschap mogelijk was, aangezien de echtgenoten gedurende de laatste 300 dagen voor de geboorte

van het kind feitelijk gescheiden geleefd hadden. Hier maakt de rechtbank twee fouten. Uit de gelijkkluidendheid van twee teksten uit verschillende rechtsstelsels mag niet worden afgeleid dat zij een identieke toepassing krijgen: niet alleen de grammatica regeert de betekenis van een wettekst; een vreemde wet moet steeds geïnterpreteerd worden in verband met de andere wetten die van kracht zijn in het vreemde recht, vanuit de interpretatiemethodes, die in het vreemde recht gebruikelijk zijn en in relatie tot de sociaal-economische factoren, die de context van het recht vormen, en tot de doeleinden van de wet. De meest aangewezen manier om de betekenis van een vreemde wet te vatten is gewoon te gaan kijken hoe de rechtspraak in het vreemde land die wet uitlegt; dit leidt niet altijd tot juiste resultaten — de Belgische rechtbanken interpreteren de Belgische wet ook niet altijd juist — maar het is de meest handzame methode, wanneer men op korte tijd een beslissing moet nemen. Indien de rechtbank dat in dit geval zou hebben gedaan, zou zij gemerkt hebben dat haar veronderstelling dat twee wetten, die in dezelfde bewoordingen zijn opgesteld, ook wel hetzelfde zullen betekenen, in dit geval juist was: de verwijdering tussen de echtgenoten betekende in het vroegere Italiaanse recht hetzelfde als in het huidige Belgische recht, nl. dat de echtgenoten zodanig van elkaar gescheiden moeten zijn, dat een ontmoeting fysiek onmogelijk wordt (*Rassegna di Giurisprudenza sul Codice civile*, Giuffrè, Milaan, 1969, deel I, p. 488; Cass. it., *Foro italiano*, 1951, t.w. «Filiazione», 40-41). Hier ligt dan meteen de tweede vergissing van de rechtbank: art. 312 B.W. laat helemaal niet toe het vaderschap te ontkennen op grond van een eenvoudige feitelijke scheiding van de echtgenoten.

De Rechtbank te Leuven heeft overtuigend aangetoond hoe men de vreemde wet niet moet interpreteren en toepassen. Paradoxaal komt zij daarbij nog tot een juist eindresultaat: indien de voortdurende feitelijke scheiding van de echtgenoten gedurende de wettelijke conceptieperiode voldoende bewezen is, is naar huidig Italiaans recht ontkenning van vaderschap mogelijk.

76. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Neufchâteau werd geconfronteerd met het probleem van de «vertaling» van Pools in Belgisch afstammingsrecht. Bij de verdeling van een in België opgevallene erfenis waarvan alle goederen zich op het Belgisch grondgebied bevonden, kwam ook een Poolse vrouw op, die naar Pools recht een afstammingsrelatie met de *de cuius*, haar moeder, had, maar naar Belgisch recht een niet-erkend natuurlijk kind geweest zou zijn. Hoewel de verdeling van de nalatenschap door het Belgisch recht geregeerd werd, moest het afstammingsstatuut van de Poolse vrouw vooraf bepaald worden aan de hand van haar nationaal recht. Welnu, het Poolse recht kent geen onderscheid tussen natuurlijke en wettige kinderen; alle afstammingsrelaties die een grondslag vinden in de bloedband, zijn naar Pools recht gelijk. De vraag was nu of de vrouw met dit afstammingsstatuut bij de verdeling van de nalatenschap gelijkgesteld moest worden met een wettig of met een natuurlijk kind; dat kon de Poolse wet (per definitie) immers niet zeggen. De rechtbank stelde de vrouw gelijk met een wettig kind. De bedoeling van de Poolse wet was immers elke discriminatie tussen natuurlijke en wettige kinderen uit de weg te ruimen. Bijgevolg moet men voor een kind, dat krachtens zijn nationaal recht een niet-discriminatoire afstam-

mingsstatuut heeft, bij ons ook het gunstigste afstammingsstatuut, nl. dat van de wettige kinderen, toepassen (Rb. Neufchâteau, 17 januari 1979, *J.T.*, 1979, 630, met noot F. Rigaux; dit vonnis wordt uitvoerig besproken in; J. De Ceuster en S. Reich, «Kroniek — Internationaal privaatrecht (1978-1979)», nrs 2, 7, 34, *R.W.*, 1980-81, 2099, 2103 en 2115).

De rechtbank heeft de betekenis van het afstammingsbegrip in het Pools recht voortreffelijk kunnen «vertalen», doordat zij met de functie van het unieke afstammingsstatuut in Polen rekening heeft gehouden. Elke andere «vertaling» zou geïmpliceerd hebben dat de bedoeling en betekenis van de Poolse wet verraden zou zijn.

Er dient nog opgemerkt te worden dat thans kan worden aangenomen dat ook internrechtelijk een niet door de moeder erkend natuurlijk kind in gelijke mate geroepen is tot de erfenis van de moeder als een wettig kind. T.g.v. de Marckxinterpretatie van art. 8 E.V.R.M. kan noch de discriminatie van de natuurlijke kinderen, noch de noodzaak om een natuurlijk kind te erkennen alvorens een afstammingsrelatie tot stand komt, nog langer aanvaard worden.

5. *Relaties die enige verwantschap vertonen met afstammingsrelaties — Art. 340b B.W.*

77. Een man tegen wie een vordering was aangespannen op grond van art. 340b B.W., bekende in raadkamer de verwekker van het kind te zijn, maar stelde onmiddellijk een tegenvordering in tot het verkrijgen van een bezoekrecht t.a.v. het kind dat hij verwekt had. De rechtbank overwoog dat het toekennen van een bezoekrecht niet mogelijk was, voor zover men het bezoekrecht zou zien als een uitvloeisel van de ouderlijke macht; bij gebrek aan een afstammingsrelatie tussen de verwekker en het kind had de verwekker immers de ouderlijke macht niet. Volgens de rechtbank zou een bezoekrecht echter wel kunnen worden toegestaan op grond van het recht van het kind om affectieve relaties te onderhouden met zijn verwekker, mits het belang van het kind hiermee gediend was. I.c. werd niet onmiddellijk een beslissing getroffen, maar werd een sociale enquête bevolen (Rb. Brussel, 1 maart 1977, *Rev. tr. dr. fam.*, 1980, 67, met noot M.F. Lampe-Franzen; zie ook: Voorz. Luik, 31 oktober 1979, *Rev. trim. dr. fam.*, 1980, 81).

Meer en meer wordt erkend dat een bezoekrecht zijn grondslag kan vinden buiten een afstammingsrelatie. Als grond voor dit recht wordt meestal aangenomen dat het kind belang kan hebben bij het onderhouden van relaties met personen die belangstelling voor hem getoond hebben (M.F. Lampe-Franzen, «De la possibilité et de l'opportunité d'établir une corrélation entre les obligations et les droits du 'père de fait' à l'égard de son enfant», *Rev. trim. dr. fam.*, 1980, 76-78, nrs. 15-17). Het is echter niet altijd zeer duidelijk of niet in feite, naast belangstelling voor het kind, ook een (vermoedelijke) bloedband met het kind vereist is om aanspraak te kunnen maken op bezoekrecht: als mogelijke gerechtigden van een bezoekrecht buiten een afstammingsrelatie worden de natuurlijke en adoptieve «grootouders», de vroegere ouders na een wettiging door adoptie en de onderhoudsplichtige op grond van art. 340b B.W. genoemd (M.F. Lampe-Franzen, *o.c.*, 77, nr. 17). Met uitzondering van de ouders van de adoptieve ouders zijn die personen allemaal met grote waarschijnlijkheid door een biologisch-genetische band verbonden met het

kind. Er zijn geen gevallen bekend waarin aan een vriend of een minnaar van het kind een bezoekreht werd toegeestaan, hoewel ook in een dergelijk geval een affectieve relatie aanwezig is, die evenzeer in het belang van het kind kan zijn.

Het vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel kan in de recente tendens tot uitbreiding van (de grondslag van) het bezoekreht gesitueerd worden. Het is, net zoals andere beslissingen in dezelfde zin, gegrond op het belang van het kind; de moeilijkheden waartoe dit begrip aanleiding kan geven, springen in deze beslissing duidelijk in het oog. Het kind vraagt hier geen bezoekreht; dat kan zelfs niet, aangezien men een meerderjarige niet kan dwingen contacten met het kind te onderhouden. De eis tot het verkrijgen van bezoekreht gaat uit van de verwekker. Toch wordt als grondslag voor dit recht een recht van het kind — het recht op een affectieve relatie met zijn verwekker — aangenomen. Het bezoekreht van de verwekker zou dus niets anders zijn dan een afgeleide of een concretisering van een recht van het kind. Deze redenering kraakt in al haar voegen. Allereerst is het volkomen onduidelijk wat een recht op een affectieve relatie zou kunnen zijn, hoe het zou kunnen worden afgedwongen, waaruit het kind dit recht put en waarom het kind dit recht nu precies zou hebben tegenover zijn (niet-erkennende) verwekker en niet tegenover onverschillig welke andere persoon. Zelfs als men het bestaan van zo'n recht bij wijze van hypothese zou aanvaarden, dan volgt hieruit nog geenszins een recht van de verwekker om contact met het kind te hebben, net zomin als uit zijn onderhoudsplicht een wederkerige plicht van het kind volgt. Evenmin kan men zijn bezoekreht zien als een uitwerking van een recht van het kind. Zulks zou er immers op neerkomen dat de enige wijze van uitoefening van dit recht van het kind — dat het zelf niet, ook niet door het optreden van degene die met de ouderlijke macht bekleed is, zou kunnen uitoefenen — erin zou bestaan dat het kan worden bezocht door zijn verwekker; de verwekker zou dus eigenlijk als enige het recht van het kind kunnen uitoefenen door zelf gebruik te maken van een bezoekreht dat door het kind niet gevraagd en misschien niet eens gewenst wordt; de verwekker zou dus t.a.v. dit bepaalde recht een vertegenwoordigingsbevoegdheid hebben, die zelfs aan de erkennende ouder niet toekomt. Het aanvaarden van een dergelijke redenering is evident absurd; als men de motivering van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel ernstig neemt, komt men er nochtans toe.

De rechtbank heeft zich kennelijk vergaloppeerd, wanneer zij het bezoekreht van de verwekker heeft willen gronden in een oorspronkelijk recht van het kind. Maar dit is geen toevallige vergissing; zij vindt haar wortels in de doctrine van het belang van het kind. Een meer correcte

toepassing van deze leer bestaat er immers in het bezoekreht (zeker het bezoekreht buiten een afstammingsrelatie) af te leiden uit het belang van het kind om een relatie te cultiveren met personen die belangstelling voor dit kind tonen. In lichtjes aangepaste vorm doemt dus dezelfde constructie op, die supra zo scherp bekritiseerd wordt. Opnieuw dient het belang van het kind maar om aan anderen rechten te kunnen geven. Hoe die rechten van de ene uit de belangen van de andere kunnen volgen blijft een raadsel; een gebruikelijke figuur in ons recht is dat zeker niet. Nog vreemder is het dat het kind zelf uit zijn belang geen rechten put; wanneer een belang dan toch rechtscheppend is, dan zou men immers verwachten dat de drager van het belang de eerste zou zijn om van dit «creatieve» vermogen van zijn belangen te kunnen profiteren.

Verdedigers van het «belang van het kind» zullen allicht opwerpen dat het begrip «belang van het kind» net zozeer dient om bezoekrechten te beperken of uit te sluiten als om ze te rechtvaardigen. Men ziet echter niet goed in hoe dit de willekeur, die aan het gebruik van dit begrip eigen is (A. Heyvaert, *o.c.*, p. 315-316), kan reduceren, noch hoe het zijn botsingen met de logica kan verzachten. Zodra men rechten uitbreidt of inperkt, in het leven roept of afschaft op grond van belangen, doet men een ongeoorloofde stap van de kennissfeer der sociale verhoudingen naar de kennissfeer der normen. Een verband tussen de sociale realiteit en het systeem der rechtsnormen ontken niemand, maar er is een hemelsbreed verschil tussen het onderkennen van een feitelijk verband en een rechtstreekse deductie van het ene uit het andere. Die deductie is onmogelijk. Een recht is met juridische methodes kenbaar, het is precies te omschrijven. Een belang kan men soms kennen door het aanwenden van methodes uit de empirische wetenschappen, maar het is niet precies kenbaar en de jurist kan het niet vatten met de middelen die hij gewoon is te hanteren. In feite is de enige praktische manier om iemands belang te kennen, zonder dat men eerst een groots opgezet wetenschappelijk onderzoek moet uitvoeren, hem te vragen wat zijn belang is. Het aanwenden van het «belang van het kind» als oorsprong en maat van sommige rechten is dus een operatie, die het op zichzelf kenbare (het recht) afleidt uit het onbekende (het belang) zonder gebruik te maken van de enige manier om het onbekende toch nog enigszins te kennen (de vraag aan het kind). Dit is een manier van rechtsvinding (en rechtscreatie) die op geen enkel ander gebied aanvaard zou worden, althans niet in de rechtsleer. Waarom hier dan wel?

Marijke BAX
Harry WILLEKENS

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 10 APRIL 1981

Eerste Voorzitter: de h. Wauters

Raadsheer-rapporteur: de h. Sury

Procureur-generaal: de h. Dumon

Advocaten: mrs. Bayart en Van Hecke

Testament — Legaat — Goed waarvan de erflater samen met zijn abintestaat erfgenamen eigenaar is.

Wanneer de erflater een onverdeeld recht op de vermaakte zaak bezit met het gevolg dat deze zaak aan hem of aan zijn nalatenschap, bij het uit onverdeeldheid treden, eventueel in haar geheel kan worden toebedeeld, is het legaat van die zaak niet noodzakelijk nietig. Het draagt immers de zaak over voor zover de erflater of zijn nalatenschap daarop recht zal hebben.

Van R. e.a. t/ K.

Conclusie van de procureur-generaal Dumon

Voor de begrijpelijkheid van mijn betoog, neem ik hier uit de voorziening van eisers een gedeelte over van de samenvatting van de feiten die aan het bestreden arrest ten grondslag liggen.

Van R. Ludovica Maria Josepha, zuster van eisers tot cassatie, was met dezen onverdeelde eigenares van een perceel grond gelegen te R., palende aan het Prinsenpad en aan het erf van verweerder in cassatie.

Op 7 september 1959 stelde zij een eigenhandig testament op waarin zij verklaarde uit haar deel aan verweerder vijf meter breed en volle diepte grond te geven, palende aan het erf van verweerder.

De erflaatster overleed op 2 februari 1960.

Op 2 maart 1976 liet verweerder aan eisers dagvaarding betekenen om voor de bevoegde rechtbank te verschijnen ten einde te worden veroordeeld tot afgifte van de gelegateerde bepaalde strook grond.

Op 3 januari 1977 velde de rechtbank een vonnis waarbij zij de vordering van verweerder ongegrond verklaarde, onder overweging dat de *de cuius* een andere zaak had gelegateerd.

Op hoger beroep van verweerder veroordeelde het Hof van Beroep te Antwerpen, in het thans bestreden arrest, eisers, ieder naar evenredigheid van wat hij uit de nalatenschap van de *de cuius* ontving, tot afgifte van het gelegateerd bepaald perceel grond.

Het enig cassatiemiddel wordt afgeleid uit *schending* van de artikelen 724, 870 en 1021 van het Burgerlijk Wetboek, omdat — dit is de aangevoerde grief — luidens artikel 1021 van het Burgerlijk Wetboek, wanneer de erflater een anders zaak vermaakt heeft, het legaat nietig is en dus geen last uitmaakt van zijn nalatenschap, waarvan zijn erfgenaam zich op grond van de artikelen 724 en 870 van gezegd wetboek zouden moeten kwijten, en terwijl zulks geldt en blijft gelden wanneer, zoals ten deze, men niet te

doen heeft met het geval waarin de erflater, medeëigenaar van een onverdeelde zaak, zich vóór zijn overlijden die zaak ziet toebedelen, maar met het geval waarin de erflater medeëigenaar was met zijn toekomstige erfgenamen van de gelegateerde zaak, en waarin ten gevolge van het overlijden van de erflater zijn recht in de onverdeelde zaak door erfelijke devolutie tot het patrimonium van zijn erfgenamen gaat behoren.

Het middel faalt naar recht.

Artikel 1021 van het Burgerlijk Wetboek beslist weliswaar, dat het legaat van een anders zaak nietig is, zoals artikel 1599 van hetzelfde wetboek ook bepaalt dat de verkoop van eens anders zaak nietig is. Maar enerzijds, alvorens te kunnen overwegen dat de zaak die verkocht of gelegeerd werd andermans zaak is, dient rekening gehouden te worden met gevolgen van erfopvolgingen en van de vereffeningen en delingen van nalatenschappen.

Aldus werd o.m. beslist door ons Hof op 30 januari 1941¹ dat, hoewel de verkoop van andermans zaak nietig is, de verkoop nochtans rechtsgeldig wordt indien de eigenaar de erfgenaam van de verkoper wordt.

Ook zo een zaak die deel uitmaakt van een onverdeeldheid door een medeëigenaar alleen, principieel, niet rechtsgeldig aan een derde verkocht kan worden — want hij zou zodoende ten dele althans, een anders zaak verkopen — is de verkoop niettemin wettig indien hij door al de medeëigenaars samen wordt beslist.

Wanneer nu een erflater, een goed legeert waarop hij *samen met andere medeëigenaars* een onverdeeld recht bezit, vermaakt hij geenszins en in strijd met artikel 1021 van het Burgerlijk Wetboek een anders zaak; immers hij bezit rechten op dit goed. De geldigheid van het legaat zal nochtans afhangen van de uitslag van de verdeling van de goederen die tot de onverdeeldheid behoren.

Zo het goed bij leven van de erflater aan hem zelf of na zijn dood, ingevolge een verdeling, in zijn kavel of in die van zijn erfgenamen valt, zal de legataris recht hebben op het gelegeerd goed, de erflater of zijn erfgenamen geacht zijnde, met toepassing van artikel 883 van het Burgerlijk Wetboek, alleen en onmiddellijk te zijn opgevolgd in dat goed dat aldus in zijn kavel is gekomen of bij veiling hem ten deel is gevallen².

Het legaat wordt integendeel nietig, wanneer het goed ingevolge de verdeling in de kavel van een andere onverdeelde medeëigenaar valt of ingevolge een veiling ofwel aan een dergelijke medeëigenaar ten deel valt ofwel aan een derde wordt verkocht³.

Zonder dienaangaande te worden bekritiseerd stelt het bestreden arrest vast, enerzijds, dat ten deze de onverdeeldheid tussen de erflaatster en haar medeëigenaars tot haar *overlijden is blijven* voortbestaan en dat eisers —

¹ *Pas.*, 1941, I, 24.

²⁻³ Zie LAURENT, XIV, nr. 138; PLANIOL en RIPERT, V, nr. 606; DE PAGE, VIII-1, nrs. 243 en 248, V, nr. 1150, D. SCHICKS en VAN-ISTERBEEK, *Traité formulaire*, IV, nr. 945.

deze oorspronkelijke medeëigenaars — de enige wettige erfgenamen van de erflaatster zijn en dat zij haar nalatenschap hebben aanvaard.

Uit deze niet aangevochten vaststellingen dient afgeleid te worden dat, ingevolge enerzijds de vermenging van de patrimonium van de erflaatster en van eisers en anderzijds de verkrijging door dezen van al de patrimoniale rechten en plichten van de erflaatster en ook luidens de bepalingen van artikel 724 van het Burgerlijk Wetboek, eisers niet enkel het recht hadden bedoelde zaak, zo deze niet gelegeerd zou zijn, en hoewel zij hierop slechts een onverdeeld recht bezaten, samen aan een derde over te dragen en o.m. te verkopen, *maar ook de verplichtingen hadden*, indien bedoelde zaak zoals ten deze door hun rechtsvoorganger aan verweerder gelegeerd werd, die zaak aan deze af te geven⁴.

Ik mag misschien een vergelijking maken om mijn besluit toe te lichten.

A en B zijn onverdeelde medeëigenaars van een stuk grond; A legeert aan C een bepaald gedeelte van dat goed. B wordt de erfgenaam van A.

Om dezelfde redenen, dunkt mij, als die welke aangenomen worden voor de gevallen die door de eerdere aangehaalde doctrine worden behandeld, is B verplicht, met toepassing van artikel 724 van het Burgerlijk Wetboek, het gelegateerde goed aan C af te geven.

Laten wij nu veronderstellen dat A, B, D en E onverdeelde medeëigenaars van een ander stuk grond zijn, dat A een bepaald gedeelte daarvan legeert aan C en dat naderhand B, D en E de erfgenamen van A worden.

B, D en E zijn aldus eigenaars geworden van het geheel. Ik vraag mij af waarom zij niet verplicht zouden zijn, met toepassing van art. 724 van het Burgerlijk Wetboek, het gelegateerde goed aan C af te geven?

Het middel faalt naar recht en ik besluit tot verwerping.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 28 november 1979 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 724, 870 en 1021 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest — na geconstateerd te hebben dat wijlen Ludovica Van R. met de eisers onverdeelde medeëigenares was van een perceel grond te R., dat zij in haar eigenhandig testament van 7 september 1959 beschikte in de volgende termen: «Ik ... geef uit mijn deel aan Jef K. vijf meters breed en volle diepte grond gelegen Prinsenpad en palende aan Jef K. ...», dat zij op 2 februari 1960 overleed, en dat haar nalatenschap toekwam aan de eisers, haar enige erfgenamen — de vordering van verweerder inwilligt welke ertoe strekte de eisers te doen veroordelen, ieder naar evenredigheid van wat zij uit de nalatenschap van de *de cuius* ontvingen, tot afgifte aan verweerder van de gelegateerde bepaalde strook grond en tot het verschijnen voor een notaris om tot het verlijden van de akte van overdracht over te gaan, en beslist dat, bij gebreke hieraan te voldoen, de betekening van het arrest

als overdracht zou gelden, en dat het arrest met het exploit van betekening aan de bevoegde hypotheekbewaarder ter overschrijving zou kunnen worden aangeboden en doordat het arrest zijn beslissing laat steunen op de beschouwing dat de erflater, die als medeëigenaar een gebeurlijk exclusief eigendomsrecht op een onverdeelde zaak bezit, niet een anders zaak vermaakt heeft ingeval deze zaak hetzij door verdeling vóór zijn overlijden hem wordt toebedeeld, hetzij ingevolge erfelijke devolutie aan zijn erfgenaam-medeëigenaar toevallt, dat ten deze het patrimonium van de erflaatster in gevolge de aanvaarding van haar nalatenschap door de eisers, zich met hun patrimonium vermengde, en dat de eisers niet op grond van een legaat met last, maar door artikel 724 van het Burgerlijk Wetboek verplicht werden om alle lasten van de nalatenschap, waaronder de legaten, te voldoen, en dit, krachtens artikel 870 van dit wetboek, naar evenredigheid van wat ieder daaruit ontving,

terwijl, luidens het door de eisers bij conclusie ingeroepen artikel 1021 van het Burgerlijk Wetboek, wanneer de erflater een anders zaak vermaakt heeft, het legaat nietig is, en dus geen last uitmaakt van zijn nalatenschap, waarvan zijn erfgenaam zich op grond van de artikelen 724 en 870 van gezegd wetboek zouden moeten kwijten, en terwijl zulks geldt en blijft gelden wanneer, zoals ten deze, men niet te doen heeft met het geval waar de erflater, medeëigenaar van een onverdeelde zaak, zich vóór zijn overlijden die zaak ziet toebedelen, maar met het geval waar de erflater medeëigenaar was met zijn toekomstige erfgenamen van de gelegateerde zaak, en waar ten gevolge van het overlijden van de erflater, zijn recht in de onverdeelde zaak door erfelijke devolutie tot het patrimonium van zijn erfgenamen gaat toebehoren;

Overwegende dat, luidens artikel 1021 van het Burgerlijk Wetboek, het legaat nietig is wanneer de erflater een anders zaak vermaakt heeft, onverschillig of hij al dan niet geweten heeft dat de zaak hem niet toebehoorde;

Overwegende echter dat, wanneer de erflater een onverdeeld recht op de vermaakte zaak bezit met het gevolg dat deze zaak hem of aan zijn nalatenschap, bij het treden uit onverdeelde, in haar geheel eventueel kan worden toebedeeld, het legaat van die zaak niet noodzakelijk nietig is; dat het immers op de zaak draagt voor zover de erflater of zijn nalatenschap daarop recht zal hebben;

Overwegende dat uit het arrest blijkt dat ten deze de onverdeelde tussen de erflaatster en haar medeëigenaars, de eisers, tot na haar overlijden is blijven voortbestaan; dat het arrest verder vaststelt dat de eisers de enige wettige erfgenamen zijn van de erflaatster en dat zij haar nalatenschap hebben aanvaard;

Dat het arrest dan ook wettelijk beslist dat wegens de vermenging van het patrimonium van de eisers met dat van de erflaatster en krachtens artikel 724 van het Burgerlijk Wetboek, de eisers verplicht zijn al de lasten van de nalatenschap te voldoen en dienvolgens ertoe gehouden zijn het kwestieuze legaat aan verweerder af te leveren;

Dat het middel faalt naar recht;

Om die redenen,

Verwerpt de voorziening; veroordeelt de eisers in de kosten.

⁴ Zie DE PAGE, IX, nr. 672, p. 509-510.

NOOT—Bovenstaand arrest verwerpt het cassatieberoep tegen Hof Antwerpen, 28 november 1979, R.W., 1979-80, 2102, met noot van M.A. Puelinckx-Coene.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 5 JUNI 1981

Eerste voorzitter: de h. Wauters

Raadsheer-rapporteur: de h. Delva

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. De Baeck en van Hecke

Voorwaarde en tijdsbepaling — Overeenkomst met verbintenis onder opschortende voorwaarde — Rechten en plichten van partijen hangende de voorwaarde — Gevolg bij ontbreken van de voorwaarde.

Wanneer bij overeenkomst een verbintenis onder opschortende voorwaarde is aangegaan, bestaat de overeenkomst hangende de voorwaarde, ook al is de uitvoering van de verbintenis opgeschort. De overeenkomst doet derhalve rechten en plichten voor de partijen ontstaan en de partij die haar verplichtingen niet nakomt, kan schadeplichtig zijn.

Wanneer de voorwaarde ontbreekt, houdt de overeenkomst weliswaar op te bestaan en krijgt de voorwaardelijk aangegane verbintenis nooit uitvoering, maar dat belet niet dat het niet-nakomen van verplichtingen hangende de voorwaarde tot schadevergoeding aanleiding kan geven, wanneer het niet-nakomen oorzaak van de schade blijft, hoewel de overeenkomst intussen teniet is gegaan.

N.V. A. t/ Gemeente Berginen

Conclusie van de advocaat-generaal Lenaerts

Het hof van beroep stelt vast dat tussen partijen een aanneming van werk tot stand was gekomen onder voorbehoud van de goedkeuring door de toezichthoudende overheid en het beschouwt deze goedkeuring als een opschortende voorwaarde. Over deze vaststelling en deze kwalificatie bestaat geen betwisting, evenmin overigens als over het feit dat de goedkeuring werd geweigerd.

Aldus wordt in het eerste middel de volgende rechtsvraag van louter burgerrechtelijke aard aan de orde gesteld: kan uit een onder opschortende voorwaarde aangegane overeenkomst enig rechtsgevolg ontstaan, wanneer de voorwaarde niet in vervulling is gegaan, of meer concreet, kan die overeenkomst alsdan een grond tot schadevergoeding opleveren?

Het negatieve antwoord van het hof van beroep is in zeer absolute bewoordingen geformuleerd: nu de uitvoering van alle bedingen van de overeenkomst opgeschort is en de overeenkomst definitief onbestaande is, kan eiseres geen rechtsgevolg afleiden uit het bestaan van de overeenkomst tijdens de wachtperiode.

Ik meen dat het gestelde rechtsprobleem noopt tot het onderzoek van twee onderscheidene vragen:

1^o Kan hangende de opschortende voorwaarde een vordering tot schadevergoeding ontstaan uit de voorwaardelijke overeenkomst?

2^o Zo het antwoord op de eerste vraag bevestigend luidt, blijft er dan nog plaats voor vergoeding van schade ontstaan hangende de voorwaarde, *wanneer de voorwaarde ontbreekt?*

In een arrest van 9 februari 1933 overweegt het Hof «que la condition suspensive est un événement futur et de réalisation incertaine qui suspend la naissance de l'obligation; qu'il s'ensuit qu'aussi longtemps que la condition est pendante, le contrat n'existe pas et ne peut produire aucun effet»¹.

Indien het waar is dat hangende de voorwaarde zelfs geen overeenkomst bestaat, heeft het hof van beroep het in het bestreden arrest bij het rechte eind: dan kan daaruit inderdaad geen rechtsgevolg worden afgeleid.

De Page is het met het arrest van 9 februari 1933 niet eens². Hij vestigt vooreerst de aandacht erop dat de voorwaarde een modaliteit van de verbintenis is, niet van de overeenkomst. En dan vervolgt hij: «Ce sont les obligations qui naissent du contrat qui sont affectées d'une condition, et non le contrat lui-même. Le 'contrat' n'est jamais conditionnel. Ce sont, en réalité, les obligations qui en naissent ... qui sont affectées d'une condition, dont — s'il s'agit d'une condition suspensive — la naissance est suspendue jusqu'au moment de la réalisation de la condition ... Le contrat existe parfaitement. Ce n'est que son exécution (obligations qui en naissent) qui est tenue en suspens, différée, incertaine. Le contrat lui-même n'est pas affecté dans son existence, et ce n'est même pas cette existence qui est suspendue, mais son exécution. En allant au fond des choses, on ne peut même pas dire que ce sont les obligations nées du contrat qui 'n'existent pas'. Ces obligations existent; ce n'est que leur exécution qui est suspendue.»

De onderscheidingen die De Page maakt, kunnen op het eerste gezicht wellicht wat spitsvondig lijken. Maar wanneer men ze in aanmerking neemt en de passende gevolgen eruit trekt, wordt de oplossing van de hier besproken vraag, dacht ik, toch gemakkelijker. Aangezien ik bij geen andere auteur een zo duidelijke probleemstelling heb gevonden, laat ik hier een overzicht van de verschillende in de rechtsleer uiteengezette opvattingen achterwege.

Naar het antwoord op de concrete vraag die de onderhavige voorziening doet rijzen — m.n. of er plaats is voor een vordering tot schadevergoeding — lijkt het mij nog niet zo belangrijk of de verbintenis bestaat dan wel of de uitvoering ervan opgeschort is. Want in zoverre ze bestaat, is ze in elk geval maar voorwaardelijk en kan ze hangende de voorwaarde toch geen uitwerking hebben. Vandaar dat het recht ook maar voorwaardelijk is en eigenlijk niet meer is dan een «verwachting», ten hoogste dus een zeer onvolmaakt recht³.

Belangrijker lijkt mij daarentegen het onderscheid tussen de overeenkomst en de verbintenis. Want ook al zou deze laatste hangende de voorwaarde niet bestaan — wat naar mijn gevoelen nochtans niet het geval is — de overeenkomst die partijen hebben aangegaan om zich althans voorwaardelijk te verbinden, bestaat in elk geval.

¹ Pas., 1933, I, 103, met conclusie van procureur-generaal P. LECLERCQ (de aangehaalde considerans op blz. 124).

² *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, nr. 153bis.

³ Zie o.m. ASSER-RUTTEN, I, *De verbintenis in het algemeen*, blz. 137.

Wanneer de uitvoering van de verbintenis afhangt van de vervulling van een voorwaarde, is het precies omdat partijen dat overeengekomen zijn. En die overeenkomst is niet voorwaardelijk, m.a.w. het hangt niet van een toekomstige en onzekere gebeurtenis af of de verbintenis al dan niet voorwaardelijk zal zijn. Van meetaf aan staat vast dat de verbintenis maar uitwerking zal hebben, wanneer de voorwaarde vervuld is. Dat zijn partijen onvoorwaardelijk overeengekomen.

Even onwrikbaar vast staat waartoe partijen gebonden zijn, zo de voorwaarde in vervulling gaat. Bij een verkoop is overeengekomen welk goed zal moeten worden geleverd en onder welke voorwaarden, evenals welke prijs daarvoor zal moeten worden betaald en hoe de betaling zal geschieden. In een aannemingsovereenkomst is het uit te voeren werk volledig omschreven en de prijs evenzeer nauwkeurig bepaald. Ook al zal de voorwaardelijke overeenkomst pas later moeten worden uitgevoerd, beide partijen zijn erdoor van meetaf aan gebonden en zij mogen de aangegane verbintenissen niet eenzijdig wijzigen.

Zijn partijen door de overeenkomst gebonden, dan vloeien daaruit uiteraard verplichtingen voort en overeenkomstige rechten voor de tegenpartij.

Het Burgerlijk Wetboek houdt rekening met het bestaan van rechten en plichten die hangende de voorwaarde zelfs uit de voorwaardelijke verbintenis voortvloeien, dus a fortiori uit de niet voorwaardelijke overeenkomst. De voorwaarde wordt, luidens artikel 1178, geacht vervuld te zijn, wanneer de schuldenaar zelf de vervulling ervan verhinderd heeft. Artikel 1180 laat de schuldeiser toe alle handelingen tot bewaring van zijn werk te verrichten, voor dat de voorwaarde vervuld is. Indien de zaak schade geleden heeft door de schuld van de schuldenaar, heeft de schuldeiser, krachtens artikel 1182, het recht om ofwel de verbintenis teniet te doen, ofwel de zaak te eisen in de staat waarin zij zich bevindt, met schadevergoeding.

Aan deze wetsbepalingen liggen duidelijk de volgende algemene verplichtingen ten grondslag: de verwezenlijking van de voorwaarden niet verhinderen of bemoeilijken, de uitvoering van de verbintenis niet onmogelijk maken en het voorwerp van de verbintenis ongewijzigd laten. Uiteindelijk komen die verplichtingen hierop neer dat ook de overeenkomst die een voorwaardelijke verbintenis bevat, overeenkomstig de artikelen 1134 en 1135, bindend zijn en te goeder trouw moeten worden uitgevoerd.

Behoudens de algemene verplichtingen die uit de aard zelf van de overeenkomst voortvloeien, kan deze ook nog bijzondere verplichtingen inhouden, die de partijen hangende de voorwaarde in acht moeten nemen. Zo zou ten deze bepaald zijn dat verweerster binnen 120 dagen aan eiseres had moeten medelen of de toezichthoudende overheid de overeenkomst al dan niet had goedgekeurd. Volgens eiseres was verweerster eveneens ertoe verplicht zich ervan te onthouden een nieuwe aanbesteding te doen, waarbij eiseres werd buitengelaten, alvorens de goedkeuring van de oorspronkelijke aannemingsovereenkomst was geweigerd.

Vloeien uit de overeenkomst waarbij een verbintenis onder opschortende voorwaarde wordt aangegaan, hangende die voorwaarde rechten en plichten voort, dan is het zonder meer duidelijk dat uit het niet nakomen van verplichtingen schade kan ontstaan en dat de benadeelde partij alsdan schadevergoeding van de tegenpartij kan vorderen.

Dit brengt ons dan tot de tweede vraag of dat recht op schadevergoeding blijft bestaan, wanneer vaststaat dat de opschortende voorwaarde ontbreekt.

Met de gevolgen van het ontbreken van de voorwaarde heeft de rechtsleer kennelijk niet veel moeite. Hoewel De Page toch duidelijk aanneemt, zoals hiervoor werd aangetoond, dat de verbintenis onder opschortende voorwaarde niettemin bestaat maar alleen de uitvoering ervan wordt geschorst, noteert hij, zoals bijvoorbeeld ook Planiol en Ripert⁴, dat bij ontbreken van de voorwaarde «l'obligation ne prend pas naissance. Les parties sont dans la même situation que si elles n'avaient pas contracté»⁵. Vandeputte aarzelt zelfs niet te schrijven: «De verbintenissen, aangegaan onder opschortende voorwaarde, hebben nooit bestaan; er is nooit een contract geweest»⁶.

Wanneer men aanneemt — en dat doet ook Vandeputte⁷ — dat er hangende de voorwaarde een overeenkomst was, kan men toch moeilijk beweren dat bij ontbreken van de voorwaarde er nooit een overeenkomst heeft bestaan en er zelfs helemaal niets is geweest.

Het ontbreken van de voorwaarde heeft naar mijn gevoel alleen tot gevolg dat de voorwaardelijk aangegane verbintenis nooit uitvoering krijgt. De overeenkomst daarentegen heeft wel bestaan, maar zij neemt een einde door het ontbreken van de voorwaarde.

Nu vloeien uit dat tijdelijk bestaan van de overeenkomst onbetwistbaar rechtsgevolgen voort; en het is toch niet omdat intussen een einde aan de overeenkomst is gekomen, dat men zich op het bestaan ervan niet meer zou kunnen beroepen. Het zelfde geldt immers ook, wanneer een overeenkomst voor bepaalde tijd is aangegaan; partijen bij een huurovereenkomst bijvoorbeeld kunnen na het verstrijken ervan hun rechten toch ook nog doen gelden tegenover de tegenpartij die haar verplichtingen niet is nagekomen, bijvoorbeeld de huurprijs niet betaald heeft of het gehuurde goed niet onderhouden heeft.

Evenzo is er geen enkele reden om aan de partij die een overeenkomst heeft aangegaan waarbij een verbintenis onder opschortende voorwaarde tot stand is gebracht, de uitoefening van rechten te ontfemen die zij aan de overeenkomst heeft ontleend hangende de voorwaarde, ook nadat vaststaat dat de voorwaarde niet in vervulling gaat.

Is de ene partij haar verplichtingen niet nagekomen en is daaruit schade voor de andere partij ontstaan, dan kan deze in beginsel de vergoeding van de schade ook bij het ontbreken van de voorwaarde nog vorderen.

Vereist is dan wel dat er van schade nog steeds sprake kan zijn en dat ze niet wegvalt door het ontbreken van de voorwaarde.

Wanneer de schuldenaar het te leveren goed vernietigd of beschadigd heeft, is hij hangende de voorwaarde zijn verplichtingen niet nagekomen, wat hem schadeplichtig kan maken tegenover de tegenpartij. Maar deze laatste zal uit die tekortkoming in de regel geen schade lijden, wanneer als gevolg van het ontbreken van de voorwaarde de verbintenis om hem het goed te leveren toch nooit kan worden uitgevoerd.

⁴ *Traité pratique de droit civil français*, VII, nr. 1046.

⁵ *Op.cit.*, nr. 169.

⁶ *De overeenkomsten*, blz. 152.

⁷ *Op.cit.*, blz. 147.

De schade zal evenwel niet altijd wegvallen door het ontbreken van de voorwaarde. Nemen wij bijvoorbeeld de mededelingsplicht die volgens eiseres ten deze contractueel bedongen zou zijn. De omstandigheid dat eiseres niet tijdig verwittigd werd dat over de goedkeuring nog niet was beslist, of dat zij verkeerd of onvolledig werd ingelicht, kan haar in haar normale verwachtingen hebben bedrogen; misschien heeft zij andere aanbestedingen verzaakt om het voorwaardelijk aangenomen werk behoorlijk te kunnen uitvoeren. Was zij tijdig en correct verwittigd dat er bezwaren tegen de aanneming waren, dan had zij haar werkzaamheden daarnaar wellicht geregeld. In dit geval kan er schade blijven bestaan, ook al wordt de voorwaarde niet vervuld en zal het werk nooit uitgevoerd worden.

Het ontbreken van de voorwaarde beperkt dus wellicht de mogelijkheden om nog met succes schadevergoeding te kunnen vorderen wegens het niet nakomen van de verplichtingen hangende de voorwaarde. Het sluit dit evenwel niet helemaal uit.

Daarom lijkt mij de stelling van het hof van beroep te absoluut geformuleerd, wanneer het beslist dat eiseres geen rechtsgevolg kan afleiden uit het bestaan van de overeenkomst tijdens de wachtperiode, nu de voorwaarde niet verwezenlijkt is en eiseres haar vordering tot schadevergoeding derhalve niet op de overeenkomst kan doen steunen.

Het eerste onderdeel van het eerste middel dat de beslissing op die grond aanvecht, komt mij gegrond voor.

Conclusie: vernietiging.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 19 december 1979 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1101, 1107, 1108, 1134, 1135, 1137, 1142, 1147, 1148, 1168, 1169, 1176, 1179, 1181, 1183, 1234, 1382, 1383 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest de vordering van eiseres ongegrond verklaart, welke vordering ertoe strekte verweerster te doen veroordelen tot betaling van een schadevergoeding van 2.096.885 fr., wegens het nadeel door haar berokkend na de aanbesteding en na de aanstelling van eiseres als aannemer die de laagste inschrijver was, op grond: dat de aanstelling van eiseres als aannemer van de werken door de gemeente, bij besluit van 31 december 1974 van de gemeenteraad van verweerster, de toenmalige gemeente Beverlo, gevolgd werd door een beperkte heraanbesteding op 28 februari 1975, waarvan eiseres verwittigd werd op 20 mei 1975, en door een besluit van 12 juni 1975 van de Bestendige Deputatie van de Provincie Limburg houdende niet-goedkeuring van het besluit tot aanstelling van 31 december 1974; dat de aanstelling van eiseres als aannemer van de werken, waardoor de overeenkomst werd gesloten, voorwaardelijk was, op grond van een opschortende voorwaarde, uiteraard gehecht aan een beslissing van de lagere overheid onderworpen aan goedkeuring, en contractueel bedongen in artikel 1-7 van het bijzonder lastenboek («de aanstelling van de aannemer zal slechts beslissend zijn na de goedkeuring door de bevoegde overheid») en in artikel 36 van het koninklijk besluit van 14 oktober 1964 waarnaar het bijzonder lastenboek verwijst; dat, nu de gestelde voorwaarde van goedkeuring niet ver-

wezenlijkt werd, de overeenkomst als niet bestaande moet worden aangezien; dat eiseres zich ten onrechte beroept op een mogelijk rechtsgevolg van de overeenkomst tijdens de wachtperiode; dat, nu de uitvoering van alle bedingen van de overeenkomst opgeschort is en de overeenkomst definitief onbestaande is, eiseres geen rechtsgevolg kan afleiden uit het bestaan van de overeenkomst tijdens de wachtperiode; dat eiseres voornamelijk de beperkte heraanbesteding van 28 februari 1975 tijdens de wachtperiode verwijt aan de gemeente; dat echter artikel 11 van de wet van 4 maart 1963, eveneens contractueel, een heraanbesteding toelaat en dat derhalve aan de overeenkomst bestaande tijdens de wachtperiode niet het rechtsgevolg kan worden verbonden om uit eigen kracht deze heraanbesteding te verhinderen, te meer in dit geval omdat deze heraanbesteding een vergelijking mogelijk maakte tussen de laagste aanbieding na deze heraanbesteding en de laagste aanbieding op naam van eiseres, overigens om deze laatste als onaanvaardbaar te verwerpen; dat de vordering van eiseres derhalve niet op de uitvoering van de overeenkomst of op contractuele verhoudingen kan steunen, doch enkel een quasi-delictueel karakter kan hebben,

terwijl, eerste onderdeel, de goedkeuring als vorm van bestuurlijk toezicht een rechtshandeling is waarbij de toezichthoudende overheid verklaart dat de beslissing van de lagere overheid uitwerking mag hebben omdat zij niet in strijd is met de wet, noch het algemeen belang miskent; een overeenkomst die onderworpen is aan de goedkeuring vanwege de toezichthoudende overheid, een overeenkomst onder opschortende voorwaarde uitmaakt; het in een dergelijk geval gaat om een overeenkomst waarvan alle verbintenissen onder opschortende voorwaarde zijn aangegaan; zulke overeenkomst bestaat, maar alleen haar uitvoering, dit wil zeggen de daaruit voortvloeiende verbintenissen, is opgeschort; ten deze, nadat eiseres, door deel te nemen aan de openbare inschrijving, een aanbod had gedaan, de aannemingsovereenkomst op 31 december 1974 tot stand is gekomen door de beslissing van de gemeenteraad van Beverlo om eiseres als aannemer te aanvaarden; deze overeenkomst een overeenkomst onder opschortende voorwaarde uitmaakt, aangezien luidens artikel 1-7 van het bijzonder lastenboek de aanstelling van de aannemer slechts beslissend zal zijn na goedkeuring door de bevoegde overheid; het arrest dan ook geheel ten onrechte beslist dat, aangezien de aannemingsovereenkomst met de vroegere gemeente Beverlo nadien door de toezichthoudende overheid niet werd goedgekeurd en derhalve definitief onbestaande is, eiseres geen rechtsgevolg kan afleiden uit het bestaan van deze overeenkomst tijdens de wachtperiode, dit wil zeggen vooraleer de toezichthoudende overheid heeft beslist, en dat de vordering van eiseres derhalve niet op de uitvoering van de overeenkomst of op contractuele verhoudingen kan steunen; het arrest, door aldus te beslissen, niet alleen het bestaan van de tussen partijen gesloten aannemingsovereenkomst miskent (schending van de artikelen 1101, 1107, 1108, 1134, 1135, 1710, 1779 en 1787 van het Burgerlijk Wetboek), maar ook de rechtsgevolgen miskent die dienen te worden gehecht aan een overeenkomst die, zoals de onderhavige, onder opschortende voorwaarde is aangegaan, zolang deze voorwaarde nog hangende is (schending van de artikelen 1101, 1107, 1108, 1134, 1135, 1168, 1169, 1176, 1179, 1181 en 1183 van het Burgerlijk Wetboek), en in zijn motieven tegenstrijdig is, door enerzijds de tussen partijen

gesloten overeenkomst wel als een overeenkomst onder opschortende voorwaarde te kwalificeren doch er anderzijds niet de rechtsgevolgen aan te verbinden die aan zulke overeenkomst moeten worden gehecht zolang deze voorwaarde nog hangende is (schending van artikel 97 van de Grondwet);

tweede onderdeel, een overeenkomst die onderworpen is aan de goedkeuring van de toezichthoudende overheid, een overeenkomst onder opschortende voorwaarde uitmaakt; het een overeenkomst betreft waarvan alle verbintenissen onder opschortende voorwaarde zijn aangegaan; zulk een overeenkomst bestaat, maar alleen haar uitvoering, dit wil zeggen de daaruit voortvloeiende verbintenissen, is opgeschort; beide partijen, zowel het ondergeschikte bestuur als de particulier, door deze overeenkomst gebonden zijn en zich van de opgenomen verplichtingen niet eenzijdig kunnen vrijmaken, en zulks afgezien van het al dan niet verlenen van de goedkeuring; een ondergeschikt bestuur, zoals een gemeente, zich derhalve niet zal kunnen baseren op het gemis aan goedkeuring van de door haar genomen beslissing om aan deze gebondenheid te ontsnappen, zonder haar contractuele aansprakelijkheid in het gedrang te brengen; ten deze de vroegere gemeente Beverlo zich eenzijdig aan de door haar opgenomen verbintenissen onttrokken heeft en aldus contractueel aansprakelijk dient te worden gesteld, door op 28 februari 1975, dit wil zeggen nog vóór de Bestendige Deputatie van de Provincie Limburg beslist had de aannemingsovereenkomst met eiseres niet goed te keuren, reeds de beslissing te nemen tot een beperkte heraanbesteding over te gaan; de Bestendige Deputatie van de Provincie Limburg immers pas op 12 juni 1975 besliste de aannemingsovereenkomst met eiseres niet goed te keuren en het gemeentebestuur van Beverlo reeds op 21 april 1975 beslist had om, na de beperkte heraanbesteding, de uitvoering van de kwestieuze werken toe te vertrouwen aan de aannemer H. uit Houthalen; de vroegere gemeente Beverlo zich aldus eenzijdig aan de door haar opgenomen verbintenissen onttrokken heeft nog vóór de beslissing van al of niet goedkeuring door de toezichthoudende overheid werd genomen, het arrest dan ook geheel ten onrechte heeft beslist dat, aangezien de aannemingsovereenkomst met de vroegere gemeente Beverlo nadien door de toezichthoudende overheid niet werd goedgekeurd en derhalve definitief onbestaande is, eiseres geen rechtsgevolg kan afleiden uit het bestaan van deze overeenkomst tijdens de wachtperiode, dit wil zeggen vooraleer de toezichthoudende overheid had beslist, en de vordering van eiseres derhalve niet op de uitvoering van de overeenkomst of op contractuele verhoudingen kon steunen; het arrest, door aldus te beslissen, de verbindende kracht van de tussen partijen gesloten overeenkomst en de regels van de contractuele aansprakelijkheid miskent (schending van de artikelen 1101, 1107, 1108, 1134, 1135, 1137, 1142, 1147, 1148, 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek):

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest vaststelt dat tussen partijen een overeenkomst tot stand is gekomen onder de opschortende voorwaarde van goedkeuring door de toezichthoudende overheid en dat deze goedkeuring geweigerd is; dat het hof van beroep oordeelt dat, nu de uitvoering van alle bedingen van de overeenkomst opgeschort was en de overeenkomst definitief onbestaande is,

eiseres geen rechtsgevolg kan afleiden uit het bestaan van de overeenkomst tijdens de wachtperiode;

Overwegende dat, wanneer bij overeenkomst een verbintenis onder opschortende voorwaarde wordt aangegaan, de overeenkomst hangende de voorwaarde niettemin bestaat, ook al is de uitvoering van de verbintenis geschorst; dat deze overeenkomst derhalve rechten en plichten voor de partijen doet ontstaan en de partij die haar verplichtingen niet nakomt, schadeplichtig kan zijn;

Dat, wanneer de voorwaarde ontbreekt, de overeenkomst weliswaar ophoudt te bestaan en de voorwaardelijk aangegane verbintenis nooit uitvoering krijgt; dat zulks evenwel niet belet dat het niet-nakomen van verplichtingen hangende de voorwaarde tot schadevergoeding aanleiding kan geven, wanneer het niet-nakomen oorzaak van de schade blijft, hoewel de overeenkomst intussen teniet is gegaan;

Overwegende dat de aangevochten beslissing niet wettelijk verantwoord is;

Dat het onderdeel gegrond is;
(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 8 MEI 1980

Eerste voorzitter: de h. Wauters

Raadsheer-rapporteur: mevr. Raymond-Decharneux

Advocaat-generaal: de h. Ballet

Advocaten: mrs. Dassesse en Simont.

Bewijs — Onderhandse akte — Verlies van de akte buiten de wil van de schuldeiser om — Bewijs van de verbintenis door getuigen en vermoedens.

Wanneer de titel die tot schriftelijk bewijs diende verloren is gegaan buiten de wil van de schuldeiser om, kan deze krachtens art. 1348, 4°, B.W. het bewijs van de verbintenis waarop hij zich beroept, leveren door getuigen en vermoedens.

T. t/ D.

Gelet op het bestreden arrest, op 5 december 1978 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1315, 1319, 1320, 1322, 1323, 1334, 1335, 1341, 1344, 1347, 1348, inzonderheid 4°, 1353 van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het hof van beroep kennis heeft genomen van de conclusie waarin eiser de geldigheid betwistte van de onderhandse overeenkomst die een wederkerige verkoopbelofte bevatte waarop de verweerders zich beriepen, op grond dat de verweerders de ondertekening van het origineel van die overeenkomst door bedrog verkregen hadden, en waarin hij betoogde dat het afschrift dat eensluidend verklaard was door de notaris, bewaarder van de akte, en dat bij gebreke van het ene door de partijen opgemaakte origineel was overgelegd, geen bewijskracht had op grond «... dat enkel de overlegging van het origineel opheldering had kunnen verschaffen omtrent dubbelzinnige punten welke men evenwel niet wil opgehel-

derd zien aangezien het origineel niet is overgelegd; dat uit het feit dat het ene origineel dat zou zijn opgemaakt, niet is overgelegd niets anders kan worden afgeleid dan dat de overeenkomst die het stuk vaststelde, al evenmin bestond; ... dat derhalve onmogelijk enig gevolg kan worden verbonden aan de uitvoering van een overeenkomst die uitdrukkelijk wordt betwist en waarvan het instrumentum door de appellanten (thans verweerders) niet kan worden overgelegd...», dat het hof van beroep dit verweer verworpt op de gronden «... dat notaris D. (bewaarder) weliswaar in de onmogelijkheid verkeert om het origineel van de titel over te leggen doch dat het met het origineel eensluidend verklaard afschrift dat hij heeft afgegeven, in het dossier berust; dat dit eensluidend afschrift niet van valsheid is beticht en dat geïntimeerde (thans eiser) niet uitdrukkelijk betwist dat de handtekening onder aan dat stuk wel degelijk de zijne is en dat het daaraan voorafgaande «gelezen en goedgekeurd» eveneens van hem is; dat hij niet bewijst dat zijn handtekening bij verrassing is verkregen; dat hij dus geen deugdelijke gronden kan aanvoeren om te zeggen dat het instrumentum van de overeenkomst niet werd overgelegd en dat de overeenkomst niet bestaat; dat het hof van beroep de rechtsvordering van de verweerders toewijst welke op genoemde verkoopbelofte van 31 december 1970 is gegrond,

terwijl het afschrift van een wederkerige onderhandse overeenkomst geen bewijskracht heeft en het niet-overgelegde origineel niet kan vervangen, zelfs al is het een fotografisch afschrift dat eensluidend is verklaard door de notaris bij wie het ene origineel berust; een dergelijk stuk door de rechter in voorkomend geval alleen dan als begin van bewijs door geschrift in aanmerking kan worden genomen wanneer de schuldeiser overeenkomstig artikel 1348, 4°, van het Burgerlijk Wetboek bewijst dat hij de titel die hem tot schriftelijk bewijs diende, verloren heeft ten gevolge van een gebeurtenis buiten zijn wil om; het afschrift, zelfs het fotografische, van een onderhandse akte de bewijskracht niet kan verkrijgen door eensluidend-verklaring door de notaris die het origineel bewaart, daar artikel 1335 van het Burgerlijk Wetboek enkel geldt voor de authentieke akten; derhalve, door te beslissen dat eiser daaruit ten onrechte afleidde dat het instrumentum niet was overgelegd van de overeenkomst waarvan trouwens ook het negotium door hem voor het hof uitdrukkelijk wordt betwist, door te oordelen dat de verkoopbelofte van 31 december 1970 waarop hun vordering gegrond was, door de verweerders bewezen was en door die vordering toe te wijzen op grond «dat dit eensluidend afschrift niet van valsheid is beticht en dat geïntimeerde (thans eiser) niet uitdrukkelijk betwist dat de handtekening onder aan dit stuk wel degelijk de zijne is en dat het daaraan voorafgaande 'gelezen en goedgekeurd' eveneens van zijn hand is dat hij niet bewijst dat zijn handtekening bij verrassing werd verkregen», het arrest alle in het middel vermelde wetsbepalingen schendt;

Overwegende dat wanneer de titel die tot schriftelijk bewijs diend verloren is gegaan buiten de wil van de schuldeiser om, hij krachtens artikel 1348, 4°, van het Burgerlijk Wetboek het bewijs van de verbintenis waarop hij zich beroept, kan leveren door getuigen en vermoedens;

Overwegende dat het arrest erop wijst dat notaris D. aan wie de litigieuze overeenkomst was toevertrouwd, in de onmogelijkheid verkeert om het origineel van de titel over te leggen; dat het arrest aldus beslist dat de titel die tot

schriftelijk bewijs van de overeenkomst diende, verloren is gegaan buiten de wil van de verweerders om;

Dat het arrest vervolgens vermeldt dat het fotografisch afschrift dat eensluidend is verklaard met het origineel en door de notaris is afgegeven, in het dossier berust; dat dit eensluidend verklaard afschrift niet van valsheid is beticht en dat geïntimeerde (thans eiser) niet uitdrukkelijk betwist dat de handtekening onder aan dit stuk wel degelijk de zijne is en dat het daaraan voorafgaande «gelezen en goedgekeurd» eveneens van zijn hand is; dat hij niet bewijst dat zijn handtekening bij verrassing werd verkregen; dat de geldigheid van de overeenkomst niet beïnvloed wordt door het feit dat de doorhalingen op de eerste bladzijde van die overeenkomst niet werden goedgekeurd, daar de identiteit van de verschijnende partijen ter andere zijde, de verweerders, aan het einde van de akte nader wordt aangegeven; dat het afschrift waarop de doorhaling op de eerste bladzijde op een andere wijze is gebeurd dan op het eensluidend verklaard afschrift, zelf niet eensluidend is verklaard; dat de notarisklerk een bevredigende verklaring heeft gegeven voor dit verschil dat trouwens toch geen gevolgen kan hebben;

Dat het hof van beroep aldus op grond van vermoedens waarvan de bewijswaarde door het hof zelf op onaantastbare wijze diende beoordeeld te worden, heeft aangenomen dat de door de verweerders aangevoerde overeenkomst bestond; dat het arrest derhalve de in het middel vermelde wetsbepalingen niet schendt;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

(...)

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 12 MEI 1981

Voorzitter: de h. Vermeulen (rapporteur)

Staatsraden: de hh. Vander Stichele en Suetens

Auditeur: de h. Borret

Advocaat: mr. Matthys

Bestuurshandeling — Examencommissie — Redelijkheidsbeginsel.

Wanneer de beoordeling die door de centrale examencommissie is uitgebracht, kennelijk onredelijk is, want buiten verhouding streng, heeft de beslissing van die examencommissie niet de rechtens vereiste feitelijke grondslag.

Z. t/ Minister van Nationale Opvoeding

Arrest nr. 21.167

Advies van de auditeur Borret (uittreksel)

In mijn verslag heb ik gesteld dat het op zichzelf niet onredelijk is dat een examencommissie een proefschrift meer dan voldoende acht — 68% in punten uitgedrukt — en dat een andere examencommissie datzelfde proefschrift volstrekt onvoldoende acht — 45% in punten uitgedrukt. Ik blij daarbij. In mijn verslag heb ik ook gesteld dat het bestaan van dermate uiteenlopende appreciaties niet al-

leen de zuivere redelijkheid niet tart, maar dat dit bestaan ook in rechte moet worden aanvaard vanwege de onderlinge autonomie der examencommissies. Ook daar blijf ik bij. Doch alleen maar principieel. Na dieper doordenken zou ik een uitzondering op dit principe aanvaarden en onder die uitzondering zou de onderhavige zaak vallen. Of eigenlijk is het voorzichtiger die voorstelling van zaken om te keren, indachtig dat de rechter niet geroepen is om abstracte rechtsproblemen op te lossen, maar om concrete geschillen te beslechten. Vanuit dit besef zou ik het dan zo stellen: in het concrete geval van het proefschrift van verzoekster lijkt de regel van de onderlinge autonomie der examencommissies mij niet te mogen worden toegepast en daarom moet ik tot de formulering van een uitzondering op die regel komen, die zeker dit concrete geval dekt en die daarnaast, hoop ik, niet meer andere concrete gevallen dekt dan in rechte verantwoord is.

(...)

Onderlinge autonomie der examencommissies, zeer zeker. Maar de centrale examencommissie neemt een bijzondere plaats in in het geheel der examencommissies. Zij is nl. de enige onder alle examencommissies die niet de examencommissie van een bepaalde onderwijsinrichting is. En bijgevolg kan zij geen aanspraak maken op de beperkte maar reële pedagogische autonomie die iedere onderwijsinrichting voor zichzelf bezit. Die eigen aard van de centrale examencommissie komt tot uiting in de verordenende bepalingen over de examencommissies voor het hoger technisch onderwijs, waar het hier over gaat. Zo is in het desbetreffend koninklijk besluit van 14 november 1962 voor de examencommissies van de onderwijsinrichtingen bepaald:

1) dat de directeur van de inrichting aan de werkzaamheden van de examencommissie mag deelnemen en wel met medebeslissende stem (artikel 20);

2) dat de commissies voor de eindexamens voor ten hoogste twee derde mogen bestaan uit leraars van de inrichting en voor het andere gedeelte uit niet tot de inrichting behorende leden; in die beperking van de kwantitatieve primauteit van de leraars van de inrichting ligt de erkenning van die primauteit besloten;

3) dat de leden van de bestuurscommissies en de leden van het onderwijzend personeel van de betrokken school die van de examencommissies geen deel uitmaken, de examens mogen bijwonen;

4) dat de leraars van de betrokken school die de vakken waarover ondervraagd wordt, onderwezen hebben, indien zij niet tot de examencommissie behoren, door de voorzitter van die commissie mogen worden uitgenodigd om met raadgevende stem aan de werkzaamheden deel te nemen (artikel 22).

Ziedaar evenveel concrete toepassingen, dunkt me, van de opvatting dat, daar iedere onderwijsinrichting haar eigen karakter kan en mag hebben, daarmee rekening moet worden gehouden bij de werking van de examencommissies van die inrichtingen.

Uiteraard vindt men geen analoge regelen voor de centrale examencommissies. Maar er is meer. In hetzelfde koninklijk besluit van 14 november 1962 treft men een bepaling aan die tot de vaststelling noopt dat de verordenende macht, verre van aan de centrale examencommissie een even grote beoordelingsautonomie toe te kennen als aan de examencommissies van de onderwijsinrichtingen, deze commissie ertoe verplicht eventueel haar

beoordeling van kandidaten af te stemmen op het onderwijs gegeven in een bepaalde onderwijsinrichting. Beoelde bepaling vormt het laatste lid van artikel 38 van het besluit van 1962. Zij luidt als volgt: «Voor de overgangsen eindexamens kiest de kandidaat, wanneer het leerplan niet door ons is vastgesteld, het leerplan van een school of leergang ingericht, erkend of gesubsidieerd door de Staat, in het kader van de wetten op het technisch onderwijs.»

Of deze bepaling ter zake toepasbaar was¹ en, zo ja, is toegepast, dat interesseert me in wezen niet. Wezenlijk is voor mij de geest waarvan ze getuigt: de regelende overheid blijkt het helemaal niet bevreemdend te vinden dat de centrale examencommissie, in plaats van te verlangen van de kandidaat die voor haar verschijnt dat hij zich naar haar pedagogische opvattingen voegt, zichzelf voegt naar de pedagogische opvattingen van een door de kandidaat gekozen school.

«Een door de kandidaat gekozen school» ... Verzoekster heeft een school «gekozen», het Stedelijk Hoger Instituut te Gent, dat zij, jammer voor haar, niet met onverdeeld uiteindelijk succes heeft kunnen verlaten. Maar zij heeft haar onderwijs genoten in die school. En zij heeft er een proefschrift verdedigd dat door die school bijna 70% der punten waardig werd bevonden. Die school heeft zo geoordeeld overeenkomstig haar eigen normen, eigen normen die zij, naar men heeft kunnen zien, mag hanteren. Die school is wettelijk erkend om op grond van door haar afgenomen examens diploma's uit te reiken; tenminste tot bewijs van het tegendeel moet zij dus geacht worden deze examens overeenkomstig de regelen van de pedagogische kunst te hebben afgenomen; niemand heeft tegenover verzoekster, vóór zij voor de centrale examencommissie verscheen, dat «tegendeel» beweerd, laat staan bewezen.

(...)

Wanneer, zoals in de onderhavige zaak, de examinandus die voor de centrale examencommissie verschijnt, reeds eerder voor de examencommissie van een school is verschenen, dan moet de centrale examencommissie bij de beoordeling van die examinandus daarmee rekening houden. Zij moet die examinandus beoordelen als een kandidaat die in deze school is opgeleid, eventueel, zoals verzoekster, aldaar reeds beoordeeld, uiteraard met de maatstaven die deze school heeft gehanteerd en mocht hanteren. Zij moet rekening houden met de pedagogische opvattingen van de school van de kandidaat omdat zijzelf als ik het zo mag noemen pedagogisch neutraal, pedagogisch seksloos is. Uiteraard moet zij alleen rekening houden met de pedagogische opvattingen van die school in zoverre zij ze kent en kan kennen. Maar in casu kende, blijkens de gegevens die verzoekster heeft aangebracht en verweerder niet weersproken, de centrale examencommissie op het concrete punt dat ons bezig houdt, de kwaliteitseisen waaraan een proefschrift moet voldoen, de beoordelingscriteria van het Gentse instituut zo goed dat leden van haar ze uitdrukkelijk hebben afgewezen. En voor het geval men deze gegevens geen afdoend bewijsmateriaal acht, heeft, meen ik, verzoekster toch gelijk, in die meer negatieve zin dan, dat geen redelijke verklaring

¹ Blijkbaar niet. Bij het koninklijk besluit van 16 april 1965 betreffende o.m. het diploma van gegradueerde in de kinesithérapie is een leerplan vastgesteld. Toch een minimumleerplan.

voorhanden is voor het feit dat de centrale examencommissie, hoewel, als gezegd, principieel gebonden door de beoordelingsmaatstaven van het Gentse instituut, ertoe gekomen is het waarderingscijfer 45% in de plaats te stellen van het zoveel hogere waarderingscijfer 68%.

Wanneer de Raad aanneemt dat de centrale examencommissie zich had moeten voegen naar de keuze van school door de examinandus gedaan, dan zou hij meteen achter zich hebben niet alleen de eerder geciteerde verordenende teksten over het technisch onderwijs, hij zou zich ook enigermate — vanwege een zekere analogie namelijk — kunnen beroepen op een wettekst inzake universitaire onderwijs. Ik doel op de wet van 5 mei 1970 die het systeem inzake de universitaire centrale examencommissies fundamenteel veranderd heeft in de zin die men kent en die zich daarvoor beroepen heeft op het beginsel van de vrije keuze van het programma, d.w.z., indirect, op het beginsel van de vrije keuze van de universitaire inrichting. Dit aldus door de wet erkende beginsel doortrekken op het terrein van het technisch onderwijs in de beperkte mate dat het hier gebeurt, waarom zou dit niet mogen?

Arrest

Gezien het verzoekschrift dat Nicole Z. op 15 december 1980 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van een beslissing van 21 oktober 1980 genomen door de centrale examencommissie, ingesteld bij artikel 17 van het koninklijk besluit van 16 april 1965 tot regeling van de studiën leidend o.m. tot de graad van gegradueerde in de kinesithérapie, bij welke beslissing die commissie verzoekster verklaart niet geslaagd te zijn voor het eindexamen;

1. Overwegende dat wat tot deze rechtszaak heeft geleid, zich als volgt heeft voorgedaan:

1.1. Verzoekster volgde gedurende drie jaar de lessen aan het Stedelijk Hoger Instituut voor paramedische Beroepen te Gent, afdeling gegradueerden in de kinesithérapie. Het derde jaar slaagde zij niet voor het eindexamen, noch in de eerste, noch in de tweede zitting: voor enkele vakken behaalde ze geen 50%. Een zwakke gezondheid was, volgens haar, de oorzaak voor dat falen.

Voor de scriptie die verzoekster toen inleverde, kreeg ze echter wel een behoorlijk cijfer, te weten 205 punten op 300, d.i. 68,3%. Die scriptie werd beoordeeld op verslag van een lid van de jury die doctor in de geneeskunde is, tevens assistent in de kliniek voor fysiotherapie en orthopedie van de R.U.G.

1.2. Het volgend jaar schreef verzoekster zich niet opnieuw in te Gent, maar waagde zij haar kans voor de centrale examencommissie.

De eerste zitting viel erg tegen: het eindresultaat was 46%. Voor enkele vakken bleef ze toen beneden de 50%, maar bovendien behaalde ze slechts 66 punten op 200 (33%) voor haar scriptie — de onveranderd gebleven scriptie, waarvoor ze te Gent 68,3% had gekregen. De leden van de centrale commissie die haar scriptie in de eerste zitting totaal onvoldoende achtten, waren een geneesheer-gynaecoloog, een licentiaat in de kinesithérapie en een gegradueerde in de kinesithérapie. Een ervan verklaarde aan verzoekster dat de presentatie van haar scriptie onvoldoende was en moest worden bijgewerkt.

1.3. Ingevolge die aanwijzing herwerkte verzoekster haar scriptie, doch enkel — zoals haar gezegd was — wat de presentatie betreft.

De tweede zitting verliep om te beginnen beter: verzoekster bleef voor alle vakken boven de 50% en, in totaal voor die vakken, kwam ze tot 61,5% van de punten. Voor de herwerkte scriptie kreeg ze echter slechts 91 punten op 200 of 45%. Die lage kwotering had tot gevolg dat ze de vereiste gezamenlijke 60% weer niet haalde, en dan ook verklaard werd niet te zijn geslaagd. Voor de tweede zitting werd de scriptie beoordeeld door de twee kinesitherapeuten, de licentiaat en de gegradueerde, die ook in de eerste zitting de scriptie van verzoekster hadden doorgenomen. Ditmaal oordeelden zij — zo stelt verzoekster het voor — dat de inhoud niet voldeed, meer bepaald omdat het theoretisch gedeelte onvoldoende was uitgediept.

2. Overwegende dat bij de beoordeling van het door verzoekster tegen de bestreden beslissing aangevoerde rechtmatigheidsbezwaar het volgende, moet worden betrokken wat volgt:

2.1.1. Het is de bijzonder lage kwotering van de scriptie die heeft medegebracht dat verzoekster ook voor de tweede zitting niet geslaagd is voor haar eindexamen. Het is dan ook in de beoordeling van de scriptie dat verzoekster een onrechtmatigheid vindt welke, volgens haar, een grond tot vernietiging van de bestreden beslissing oplevert.

2.1.2. Als uitgangspunt neemt verzoekster het feit dat de scriptie, welke ze aan de centrale commissie heeft aangeboden, dezelfde is als die welke ze aan het Gentse instituut had voorgelegd. Zij aanvaardt dat beoordelingen over de waarde van scripties noodzakelijk een subjectief element bevatten, wat een verschil in kwotering tot gevolg kan hebben. Het verschil tussen de kwotering, door de examencommissie te Gent gegeven, en die welke haar door de centrale examencommissie werd toegekend, acht verzoekster evenwel te groot om te kunnen worden verklaard door het onvermijdelijke subjectieve element in beoordelingen van de soort waarom het hier gaat. De verklaring van het op het eerste gezicht verwonderlijk ver uiteenlopen van de beoordeling van de Gentse examencommissie en van de centrale examencommissie wordt door verzoekster in haar verzoekschrift aangegeven en in haar memorie van wederantwoord nader ontwikkeld. Zij vindt de verklaring voor het ver uiteenlopen van de kwoteringen in het feit van het ver uiteenlopen van de pedagogische opvattingen van de beide examencommissies. Zij stelt, meer bepaald, dat het Gentse instituut, waar zij haar scriptie heeft gemaakt onder leiding van een leraar van dat instituut, de nadruk legt op de praktijk van het beroep, zodat haar «scriptie is opgevat als een schriftelijk verslag, een weergave van de door de examinandus uitgeoefende praktijk, waarvan dan in ondergeschikte orde de theoretische aspecten worden toegelicht en uitgediept».

In verband met de opvatting van de centrale examencommissie betoogt verzoekster in haar memorie van wederantwoord: «Zij moest ervaren dat de visie van het Gentse instituut niet werd gehuldigd door de leden van de centrale examencommissie, die hun oordeel moesten uitspreken over de door haar aangeboden scriptie. Die leden ... hebben aan aangelegster duidelijk laten verstaan, in het bijzonder een bepaald lid, dat hun conceptie niet overeenstemde met die van de Gentse instelling. Volgens dat commissielid zou hoofdzakelijk de theorie van belang zijn

... De beoordeling van de centrale examencommissie werd dus bepaald, niet door de vraag naar de kwaliteit van de door verzoekster gepresteerde resultaten, maar door het niet-akkoord van de juryleden met een conceptie, gehuldigd door de Gentse instelling, die nochtans evenzeer bevoegd is om wettelijke diploma's uit te reiken.»

2.1.3. Het door verzoekster aangevoerde rechtmatigheidsbezwaar bestaat dan hierin dat de negatieve beslissing te haren opzichte genomen door de centrale examencommissie niet de rechtens vereiste grondslag heeft doordat de bijzonder ongunstige beoordeling van haar scriptie, uitgebracht door de beide leden van de centrale examencommissie die haar scriptie hadden gelezen, niet door wat de scriptie oplevert kan worden gerechtvaardigd, meer bepaald omdat ze kennelijk onredelijk is, indien, zoals het moet, rekening wordt gehouden met het feit dat het «diploma van gegradueerde in de kinesitherapie bestemd is voor de uitoefening van een praktijkberoep» en het derhalve onredelijk is, want onverenigbaar met het doel van de studiën van kinesitherapeut, voor de beoordeling van een scriptie criteria te hanteren welke zijn ingegeven door de opvatting als zou bij het opstellen van een dergelijke scriptie «hoofdzakelijk de theorie van belang zijn».

2.2.1.1. Het verslag van de werkzaamheden van de centrale examencommissie waaraan de voorstelling van feiten, gegeven door verzoekster, zou moeten worden getoetst, is uitermate summier: wie aanwezig waren bij het afnemen van de examenproeven en bij de deliberatie zou men moeten afleiden uit de onleesbare handtekeningen onder aan de notulen; of over de beoordeling van de scriptie door de hele commissie gedelibereerd werd — er staan 200 punten op van de 520 — wordt niet vermeld; aan die notulen is geen verslag toegevoegd waarin de twee leden van de commissie die de scriptie hebben gelezen, de motieven doen kennen welke hun beoordeling moeten dragen, iets wat uit zichzelf vereist is maar dat des te meer noodzakelijk wordt in een zaak als deze waarin voor dezelfde scriptie zo ver wordt afgeweken van de gekende kwotering van een examencommissie van een erkende instelling.

Het summier karakter van even bedoelde notulen maakt toetsing van de voorstelling van feiten, gegeven door verzoekster, onmogelijk, en sluit derhalve het vaststellen van tegenspraak met de door verzoekster gegeven voorstelling van feiten uit.

2.2.1.2. Anderzijds heeft de verwerende partij nergens de juistheid betwist van de voorstelling van feiten gegeven door verzoekster, meer bepaald ook niet wat de uiteenlopende pedagogische opvattingen van de Gentse en van de centrale examencommissies betreft.

2.2.1.3. De voorstelling van feiten van verzoekster kan derhalve als waar worden aangenomen.

2.2.2. Verklaringen die werden afgelegd tijdens de parlementaire behandeling, eensdeels, van het ontwerp dat de wet van 7 juli 1970 betreffende de algemene structuur van het hoger onderwijs geworden is en, anderdeels, van het ontwerp waaruit de wet van 18 februari 1977 betreffende het hoger onderwijs is voortgekomen (zie onder meer: de verklaringen van verslaggever Swaelen en minister Vermeylen, Kamer van Volksvertegenwoordigers, Parlementaire Handelingen 1969-1970, vergadering van 17 juni 1970, p. 20 en 29; de verklaringen van de beide ministers van Nationale Opvoeding, Kamer van Volksvertegenwoordigers, Bescheiden, Verslag van de commissie,

595 (1974-1975) — nr. 40, p. 63, en Senaat, Parlementaire Handelingen, 1976-1977, 18 januari 1977, p. 735) bevestigen de opvatting dat het universitair onderwijs naar wesen en aard fundamenteel verschilt van het overige hoger onderwijs. In het universitair onderwijs ligt de klemtoon op abstractie, op theoretische, zuiver wetenschappelijke vorming en op fundamenteel onderzoek, d.i. de uitbreiding van de wetenschappelijke kennis, terwijl het overige hoger onderwijs, zonder gesloten te zijn voor de abstractie, voornamelijk afgestemd is op de professionele toepassing van de wetenschappelijke kennis.

2.2.3. In het licht van die opvatting kan de stelling van verzoekster worden bijgevalen dat de door de centrale examencommissie gehanteerde criteria om haar scriptie te beoordelen — criteria die buiten mate de klemtoon leggen op theoretische ontwikkeling van het behandelde onderwerp —, niet in overeenstemming zijn met het doel en de zin van de studiën die leiden tot de graad van gegradueerde in de kinesitherapie. Met verzoekster kan alsoo ook worden aangenomen dat de beoordeling welke door de beide leden van de centrale examencommissie werd uitgebracht — gevolgd, al dan niet na deliberatie, door de hele commissie — kennelijk onredelijk is want buiten verhouding streng, in aanmerking genomen de beperkte eisen welke rechtmatig aan een scriptie, als door verzoekster werd ingediend, in verband met de theoretische ontwikkeling van het behandelde onderwerp mogen worden gesteld.

De bestreden beslissing heeft dus inderdaad niet de rechtens vereiste feitelijke grondslag.

2.3. De vaststelling dat de centrale examencommissie te kort is gekomen aan haar verplichting de scriptie van verzoekster te beoordelen op grond van wettig toelaatbare criteria betekent, vanuit het praktisch standpunt van het te verlenen rechtsherstel, dat de commissie zo spoedig als mogelijk is in een bijzondere zitting moet bijeenkomen met als enige opdracht de scriptie van verzoekster te toetsen aan de hand van de juiste, in rechte toelaatbare criteria, om dan het gezamenlijke examenresultaat opnieuw vast te stellen, rekening houdend met de verbeterde beoordeling van de scriptie.

(Volgt vernietiging).

NOOT—Bovenstaand arrest is opmerkelijk vanuit een drievoudig opzicht:

1. De wijze waarop de feitelijke toedracht van de zaak wordt ge(re)constitueerd: het arrest gaat uit van de voorstelling der feiten die door verzoekster wordt gegeven, stelt vast dat het administratief dossier geen toetsing van die voorstelling der feiten mogelijk maakt, alsmede dat verwerende partij de juistheid ervan niet betwist, en concludeert hieruit dat de voorstelling der feiten van verzoekster als waar moet worden aangenomen.

2. De toepassing van het redelijkheidsbeginsel: voor de tweede maal acht de Raad van State een bestuurlijk optreden kennelijk onredelijk, zodat de bestreden beslissing niet de rechtens vereiste feitelijke grondslag heeft. Vgl. Raad van State, 19 februari 1980, nr. 20.116, Decock, R.W., 1979-80, 2757-2762, met noot; zie ook L.P. Suetens, «Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de rechtsspraak van de Raad van State», T.B.P., 1981, 81-89.

3. De aanduiding van het te verlenen rechtsherstel. Volgens de klassieke rechtsleer kan de Raad van State, in het raam van het vernietigingscontentieux, niets meer doen dan de bestreden bestuurshandeling al dan niet ver-

nietigen; de Raad van State vermag niet een «injunction» te geven, d.i. een bevel aan de administratieve overheid om een bepaalde beschikking te nemen, zie «Le Conseil d'Etat», in Nov., *Droit administratif*, VI, nr. 1830.

Die stelling kan tot gevolg hebben dat de praktische gevolgen van een vernietigingsarrest tot niets worden gereduceerd, doordat de administratieve overheid blijf geeft van onwil, of wanneer zij aarzelt nopens de te nemen maatregelen om het vereiste rechtsherstel te bereiken.

In aansluiting op meerdere vroegere arresten van de vierde kamer van de Raad van State (inzonderheid in onderwijsaangelegenheden; zie o.m. 13 mei 1980, nr. 20.324, Bracke), geeft bovenstaand arrest uitdrukkelijk aan hoe rechtsherstel moet worden verleend. Al is de juridische draagwijdte van zulk een aanduiding allicht niet steeds evident, zeker is dat het arrest aldus ten minste voorkomt dat de administratieve overheid zich kan beroepen op al dan niet vermeende onzekerheid om het arrest niet uit te voeren.

HOF VAN BEROEP TE GENT

11e KAMER — 17 JUNI 1981

Voorzitter: de h. De Buck

Raadsheren: de hh. Devos en Welvaert

Advocaat-generaal: de h. De Wilde

Advocaten: mrs. Lievens en Roose

**1. Gewijsde — Beslissing vatbaar voor hoger beroep —
2. Echtscheiding — Op grond van bepaalde feiten — Wederzijdse vordering — Een vordering beslecht — Voorlopige maatregelen — Wel omtrent art. 301 B.W. en de kinderen — Provisionele uitkering — Echtgenoten gehuwd met scheiding van goederen — Mogelijkheid — Wijze van bepaling.**

1. Het gezag van gewijsde van een beslissing die voor hoger beroep vatbaar is, is voorwaardelijk en beperkt: zo geniet de beslissing geen vermoeden van waarheid.

2.a) Door de overschrijving van de beslissing op een van de vorderingen tot echtscheiding is de voorzitter van de rechtbank niet meer bevoegd om voorlopige maatregelen te nemen die steunen op de wederzijdse verplichting tot hulp van de echtgenoten tijdens het huwelijk, daar de huwelijksband definitief verbroken is.

Niettemin blijft in die veronderstelling de voorzitter bevoegd om kennis te nemen van o.m. de voorlopige maatregelen i.v.m. de eventuele toekenning van een provisionele uitkering op grond van art. 301 B.W., evenals betreffende de persoon, de goederen en het onderhoud van de gemeenschappelijke kinderen.

b. Als na de overschrijving van de beslissing op een van de vorderingen tot echtscheiding nog uitspraak moet gedaan worden over de andere vordering, blijft er een «rechtsoverdracht tot echtscheiding» bestaan in de betekenis van art. 591, 7°, Ger. W.

De uit de echt gescheiden echtgenoot van wie nog niet vaststaat of de echtscheiding tegen hem zal worden toegepast, kan, indien hij gehuwd was onder het stelsel van scheiding van goederen, in afwachting van de definitieve uitspraak een provisie vragen op de uitkering, die de an-

dere ex-echtgenoot zal moeten betalen indien uiteindelijk blijkt dat hij alleen schuld draagt aan de echtscheiding.

Bij de berekening van het bedrag van de provisionele uitkering tussen de beslissingen over de vordering en de tegenvordering tot echtscheiding houdt de rechtbank rekening met de criteria bepaald in art. 301 B.W.

V. t/ H.

Advies van het openbaar ministerie

1. Ten aanzien van de gevorderde verhoging van de onderhoudsbijdrage voor de kinderen

Hier rijst geen enkele moeilijkheid: zolang geen uitspraak is gedaan over de tegenvordering-echtscheiding van de appellante blijft de voorzitter van de rechtbank, rechtdoende krachtens artikel 1280 Ger. W., bevoegd om kennis te nemen van de voorlopige maatregelen die betrekking hebben op de persoon en op het levensonderhoud van de kinderen (Cass., 5 januari 1978, R.W., 1978-79, 897, met noot Bax; Cass., 3 mei 1979, Pas., 1979, I, 1035).

Al is deze stelling wel betwist geweest, (zie hierover Vieujean, «Examen de jurisprudence», R.C.J.B., 1970, 595, nr. 57), thans is hierover duidelijk rechtszekerheid ontstaan.

Op dit stuk is de vordering van appellante dus ontvankelijk en is het hof, rechtdoende in hoger beroep — kort geding, bevoegd om erover te oordelen.

Of de onderhoudsbijdrage voor de kinderen nu moet verhoogd worden tot 7.500fr. per kind dan wel of de bestreden beschikking, die slechts 6.000fr. toekende, dient te worden bevestigd, zal het hof naar wijsheid beoordelen, er rekening mee houdend dat, inderdaad, zoals de appellante stelt, de kosten voor de opvoeding van twee jongens van 14 resp. 13 jaar steeds maar zwaarder uitvallen en dit in de toekomst zeker niet zal verbeteren; de geïntimeerde heeft m.i. de financiële draagkracht om het gevorderd bedrag te betalen.

2. Ten aanzien van de vordering tot provisionele uitkering voor de appellante persoonlijk.

Een eerste opwerping die men tegen het hoger beroep van appellante zou kunnen aanvoeren is de vaststelling dat haar verzoek om uitkering na echtscheiding op grond van art. 301 B.W. door een in kracht van gewijsde gegaan vonnis ongegrond is verklaard. Ze heeft immers haar hoger beroep tegen het echtscheidingsvonnis uitdrukkelijk beperkt tot het dispositief dat de inwilliging inhoudt van de tegenvordering die door haar echtgenoot, hier geïntimeerde, was ingesteld.

Ik acht het evenwel zonder nut dit aspect verder uit te diepen door te onderzoeken of de vordering «dezelfde zaak» betreft en op «dezelfde oorzaak» berust als de vordering die dienaangaande tijdens het echtscheidingsproces door appellante was gesteld. Artikel 27 Ger. W., onzegt immers aan de rechter de bevoegdheid om de exceptie van gewijsde ambtshalve op te werpen.

De beperking van haar hoger beroep door appellante in het echtscheidingsproces zal wellicht gevolgen hebben, mocht zij overwinnen en mocht de echtscheiding uiteindelijk uitsluitend in het nadeel van haar echtgenoot uitgesproken zijn: het voorschot dat zij in uitvoering van het onderhavig kort geding zou ontvangen, zal wegvallen na de uitspraak over de tegenvordering-echtscheiding, terwijl het hof van beroep dat deze tegenvordering ongegrond zou

verklaren geen kennis meer neemt van een vordering tot het verkrijgen van de uitkering op grond van artikel 301 B.W.

Of de ontvangen voorschotten dan zullen moeten worden terugbetaald, is een vraag die wij wel eens over enkele maanden (of jaren) zouden kunnen op te lossen krijgen.

Vooraleer de bevoegdheidsproblematiek wordt onderzocht, moet de conclusie van de geïntimeerde beantwoord worden waar hij stelt eerst, dat ondanks het hoger beroep de medeschuld van de appellante aan de echtscheiding nog steeds vaststaat op grond van het gezag van gewijsde dat het bestreden echtscheidingsvonnis dienaangaande nog steeds zou hebben; vervolgens dat bij ontstentenis van huwelijksgemeenschap tussen partijen het verlenen van een voorschot niet denkbaar is.

Beide stellingen van de geïntimeerde zijn onhoudbaar.

De eerste stelling wordt op afdoende wijze in de conclusie van appellante weerlegd. Het gezag van gewijsde van een bestreden vonnis is beperkt tot het verhinderen van de herhaling van dezelfde vordering (art. 25 Ger. W.). In dit opzicht blijft dit gezag van gewijsde bestaan, zolang de beslissing niet ongedaan is gemaakt, doch deze beslissing heeft slechts een voorwaardelijk gezag. Wanneer een rechtsmiddel is aangewend tegen een vonnis, dat niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, kan het gezag van gewijsde niet worden ingeroepen als vermoeden van waarheid in de rechtsvordering (art. 26 Ger. W.; Van Reepinghen, *Verslag*, blz. 53-54).

Dit eerste argument van de geïntimeerde kan dus de eis van appellante niet ontzenuwen.

Het tweede argument kan dit al evenmin. Het houdt een verwarring in tussen twee te onderscheiden mogelijkheden: een vraag om een voorschot op de nog te vereffenen en te verdelen huwgemeenschap. Hiermee wordt bedoeld een voorschot te krijgen op de nog te verdelen medeëigendom. De toekenning ervan is niet afhankelijk van de schuldvraag nopens de echtscheiding, doch enkel van de noodtoestand van de eiser. Deze eis steunt niet op art. 301 B.W. Een dergelijke vraag veronderstelt natuurlijk ook dat er een te verdelen medeëigendom is.

Dat is het evenwel niet wat de appellante hier vordert: zij vraagt een voorschot op de uitkering die de geïntimeerde eventueel op zijn eigen goederen zal moeten betalen, indien uiteindelijk, na definitieve uitspraak over de tegenvordering, zou blijken dat hij alleen schuld draagt aan de echtscheiding. Deze eis steunt wél op art. 301 B.W. (zie de conclusie van procureur-generaal Hayoit de Termicourt voor Cass., 30 april 1964, *Pas.*, 1964, I, blz. 922, speciaal blz. 925-926; *R.C.J.B.*, 1965, 279, met noot Fr. Rigaux; *J.T.*, 1964, 421, met noot J.J. Boels).

Nu aangetoond is dat de appellante onbetwistbaar over een vordering beschikt ten einde een voorschot te krijgen op de haar eventueel verschuldigde uitkering na echtscheiding, omdat thans haar schuld aan de echtscheiding nog niet vaststaat zolang over de tegenvordering nog niet definitief is beslist, blijft nog te onderzoeken welke rechter bevoegd is om van deze vordering kennis te nemen.

Zoals is gezegd: de geïntimeerde neemt hierover geen standpunt in; dit laat vermoeden dat hij het eens is met de conclusie van de appellante, die de voorzitter bevoegd achtte. De voorzitter zelf evenwel, in de bestreden beschikking, ontkent dit.

De lectrur van het door de eerste rechter ingeroepen cassatiearrest van 5 januari 1978 wijst er onmiddellijk op

dat hij het onderscheid niet gezien heeft dat het Hof van Cassatie maakt tussen de alimentatieverplichting die steunt op art. 212 B.W. en die welke steunt op art. 301 B.W. Het is met betrekking tot de eerste rechtsgrond dat het Hof eraan herinnert dat, na overschrijving van de echtscheiding, de bevoegdheid van de voorzitter in kort geding uitgeput is «ten aanzien van de rechten en plichten die met de echtscheiding ophouden te bestaan (onderhoudsgeld tussen echtgenoten)»; over de tweede rechtsgrond voor een alimentatieverplichting, die van artikel 301, die hier in het geding aan de orde was, zegt dit cassatiearrest niets.

Tot voor de inwerkingtreding van art. 591, 7°, Ger. W. was er op grond van de bevoegdheidsbepaling in art. 268 (oud) B.W. niet veel aarzeling mogelijk: de voorzitter in kort geding nam in iedere stand van het echtscheidingsgeding kennis van de voorlopige maatregelen die betrekking hadden op de persoon, op het levensonderhoud en op de goederen zowel van de partijen als van de kinderen.

De reeds vermelde cassatiearresten van 30 april 1964 gaven desaanvaande duidelijke principe-uitspraken.

De twijfels in de rechtspraak en rechtsleer ontstonden opnieuw ten gevolge van de algemene bepaling van art. 591, 7°: de vrederechter is voortaan bij uitsluiting bevoegd om kennis te nemen van alle geschillen betreffende *uitkeringen tot onderhoud, met uitsluiting* evenwel o.m. van *geschillen in verband met een rechtsvordering tot echtscheiding* of tot scheiding van tafel en bed *waarover geen uitspraak* is gevelde bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis of arrest.

Een eerste twijfel kan veroorzaakt worden door de onzekerheid nopens de aard van de uitkering ex art. 301 B.W. Is het wel een uitkering tot onderhoud, of is het een schadeloosstelling (Cass., 1 december 1932, *Pas.*, 1933, 37), of is het zowel het ene als het andere?

Uw hof kent de discussies die hierover gevoerd werden en weet dat het Hof van Cassatie sedert het arrest van 22 juni 1967 van oordeel is dat deze uitkering zowel schadeloosstelling is voor de onschuldige echtgenoot als onderhoudsbijdrage (*Pas.*, 1967, I, 1247; *J.T.*, 1967, 650 met noot; *R.C.J.B.*, 1969, 126, met noot Vieujeun). Uw hof weet ook hoe tijdens de lange voorbereiding van de wet van 9 juli 1975, tot wijziging van art. 301 B.W., dit probleem herhaaldelijk in de Wetgevende Kamers ter sprake is gekomen, zonder dat uitsluitsel werd gevonden, zodat de verslaggever het uiteindelijk bij een uitkering «sui generis» hield. (Fr. Rigaux, *Les personnes*, suppl., nrs. 115 e.v.).

Zeker is dat aan deze uitkering aspecten of kenmerken verbonden zijn die op een onderhoudsbijdrage wijzen en «qu'il s'agit moins de rechercher si la pension est alimentaire ou indemnitaire que de sonder le plus profondément possible les faits qui lui donnent naissance et les conséquences qu'elle entraîne» (Vieuxjeun, *t.a.p.*, blz. 157).

Deze uitkering is een uitkering tot onderhoud althans «par son but et ses modalités» (Fr. Rigaux, *a.w.*, nr. 118) en in deze zin wordt zij ongetwijfeld omvat in artikel 591, 7°, Ger. W. Zo is ongetwijfeld alleen de vrederechter bevoegd om kennis te nemen van een geschil dat desbetreffend zou rijzen, op voorwaarde evenwel dat dit niet geschiedt «in verband met een rechtsvordering tot echtscheiding waarover geen uitspraak is gevelde bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis of arrest» (Cass., 23 september 1971, *Pas.*, 1972, I, 81).

En deze voorwaarde is dan een tweede grond om te twijfelen bij de keuze van de bevoegde rechter: is er in de zaak die wij behandelen nog wel een «rechtsvordering tot echtscheiding» hangende waarin nog geen uitspraak is gevelde bij een in kracht van gewijsde gegaan arrest? De echtscheiding van de partijen is immers een feit geworden sedert op 30 januari 1979 het vonnis over de hoofdvordering in de registers van de burgerlijke stand werd overgeschreven. Alleen over de tegenvordering is nog niet beslist. Is dit voldoende als uitzondering op de principiële bevoegdheid van de vrederechter zoals deze voortvloeit uit art. 591, 7°, Ger. W.?

Voortgaande op de vaststelling, die ongetwijfeld juist is, dat men op tegenvordering niet nogmaals een echtscheiding kan toestaan, die reeds voltrokken is door een overschrijving en er bijgevolg noodzakelijk reeds een uitspraak is over de echtscheiding geveld bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis of arrest, menen sommigen dat de vrederechter hierdoor, ondanks de hangende tegenvordering, bevoegd is geworden om kennis te nemen van een geschil zoals datgene dat ons hier bezighoudt.

Het enige wat op tegenvordering nog beslist moet worden, is of de schuld aan de echtscheiding al dan niet ook aan de echtgenoot kan worden toegerekend over wiens vordering nog geen uitspraak is gedaan. In deze stelling steunt de eis strekkend tot uitkering op grond van artikel 301 B.W. precies op het gedeelte van het echtscheidingsvonnis, dat kracht van gewijsde verkreeg en heeft hij geen verband met de hangende tegenvordering. De uitzondering vervat in art. 591, 7°, doet zich dus niet voor (Hof Bergen, 29 maart 1976, *J.T.*, 1977, 310, met goedkeurende noot J. Masson; Hof Luik, 18 oktober 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 163).

Deze stelling faalt evenwel waar ze ontkent dat de nog hangende tegenvordering geen rechtsvordering tot echtscheiding meer zou zijn «omdat zij alleen nog wil doen vaststellen dat de tekortkomingen van de verweerder op die vordering eveneens tot echtscheiding moet leiden» (Cass., 5 januari 1978, *R.W.*, 1978-79, 897).

Gewis, het huwelijk is reeds ontbonden, maar, zo schrijft advocaat-generaal Krings, «les modalités de cette rupture ne sont pas encore définitivement établies et celles-ci peuvent avoir sur la situation définitive et respective des parties des conséquences importantes» (Conclusie voor Cass., 3 mei 1979, *Pas.*, 1979, I, 1035 e.v.).

Immers, ofwel zal uit het arrest op de tegenvordering van geïntimeerde blijken dat appellante geen schuld aan de echtscheiding draagt en dan zal zij «recht hebben op de uitkering» bedoeld in artikel 301; ofwel zal haar medeschuld komen vast te staan en dan verliest zij het voordeel van artikel 301 (Cass., 5 februari 1965, *Pas.*, 1965, I, 569). In beide gevallen is de vraag of appellant uiteindelijk een recht op uitkering na echtscheiding zal genieten, afhankelijk van een rechtsvordering tot echtscheiding waarover geen uitspraak is gevelde bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis of arrest.

Er kan in deze stand van een echtscheidingsproces eigenlijk nog geen vordering tot het verkrijgen van een uitkering tot onderhoud gesteld worden in de zin van art. 591, 7°, Ger. W. De voorzitter en thans het hof neemt alleen maar kennis van een vraag om een voorschot op een eventueel later verschuldigde uitkering tot onderhoud. Dit voorschot zal immers moeten worden terugbetaald indien de uitspraak over de tegenvordering in appellantes nadeel

uitvalt. Doordat dus de beslissing over de tegenvordering invloed kan hebben op de uiteindelijke situatie van de partijen met betrekking tot hun echtscheiding kan, zolang de eindbeslissing hierover niet is gevallen, de noodzaak zich voordoen voorlopige maatregelen te treffen, met betrekking tot het levensonderhoud van de partijen. Welnu, art. 1280 Ger. W. verleent hiertoe bevoegdheid aan de voorzitter van de rechtbank, rechtdoende in kort geding.

De leer van de cassatiearresten van 30 april 1964, hierboven vermeld, blijft dus nog gelden ook na het inwerkingtreden van artikel 591, 7° Ger. W. (verg. de argumenten met betrekking tot het onderhoudsgeld voor de kinderen in Cass., 3 mei 1979, *Pas.*, 1979, I, 1035 en in Cass., 5 januari 1978, vermeld).

Op grond van de argumenten die ik poogde samen te vatten, houdt de recente rechtspraak en rechtsleer het bij de bevoegdheid van de voorzitter in kort geding om, hangende de tegenvordering tot echtscheiding, kennis te nemen van de vordering strekkende tot het verkrijgen van een voorschot op de uitkering die, op grond van artikel 301 B.W. aan de onschuldige echtgenoot verschuldigd zou kunnen zijn (Hof Brussel, 9 november 1976, *Pas.*, 1977, II, 138; Rb. Luik, 10 april 1979, *Jur. Liège*, 1980, 19; Rb. Luik, 22 november 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 105; Rb. Luik, 1 juni 1971, *Rev. not.*, 1971, 480; Rb. Brussel, 28 januari 1970, *J.T.*, 1970, 328; Rb. Brussel, 2 mei 1969, *J.T.*, 1969, 624; J. Gerlo, «De gevolgen van de echtscheiding», in *Het echtscheidingsrecht in België na de hervorming 1974-1975*, Story, 1977, nr. 804, blz. 67-68; J. Renchon, noot onder Rb. Brussel, 14 mei 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, blz. 287, nr. 6; Fr. Rigaux, *Les personnes*, suppl., nr. 160; M. Bax, in *Onderhoudsgeld*, CED-Samsom, Brussel, 1978, blz. 87, nr. 3; *T.P.R.*, «Overzicht van rechtspraak», 1976, 329, nrs. 82a-9°, en 435; noot onder Cass., 5 jan. 1978, *R.W.*, 1978-79, 902, nr. 10; A. Fettweis, *De bevoegdheid*, 1971, blz. 144, nr. 256; J. Laenen, «Overzicht van rechtspraak», *T.P.R.*, 1979, 274, nr. 41¹.

We zijn tot het besluit gekomen dat uw Hof, rechtdoende in hoger beroep-kort geding, bevoegd is om over de vordering van appellante te oordelen. Is haar eis nu gegrond?

Het bedrag ervan moet immers bepaald worden volgens het inkomen en de financiële mogelijkheden van de partijen op 30 januari 1979, datum van de ontbinding van hun huwelijk door de overschrijving van het in kracht van gewijsde vonnis over de hoofdvordering (Cass., 23 november 1978, *Pas.*, 1979, I, 344). Het blijkt niet voldoende dat appellante in behoeftige toestand verkeert, anderzijds is aanvaardbaar dat de crisis in de textielsector de mogelijkheden van geïntimeerde beperkt. Partijen zijn gehuwd onder het stelsel van de scheiding van goederen en appellante blijkt nogal wat eigendommen te bezitten, die haar een inkomen verzekeren. Het is niet de eerste maal dat appellante om een persoonlijk onderhoudsgeld vraagt en dat over haar financiële situatie wordt geoordeeld.

¹ Op de aanvaarde cumulatieve bevoegdheid van de voorzitter in kort geding en van de rechtbank die de echtscheiding behandelt, wordt hier niet ingegaan: zie de noot van I.J. Boels in *J.T.*, 1964, 422; Arrond. Brussel, 13 maart 1972, *Pas.*, 1972, III, 44; Rb. Brussel, 19 november 1975; *R.W.*, 1975-76, 2165.

Voor de overschrijving van de echtscheiding stelde ze reeds bij de voorzitter dezelfde eis in doch toen op grond van artikel 212 B.W., een rechtsgrond die thans, wegens de overgeschreven echtscheiding, verdwenen is; bij beschikking van 12 december 1974 werd haar eis strekkend tot het bekomen van 14.000 fr. alimentatiegeld afgewezen en dit werd in hoger beroep op 27 juni 1975 bevestigd. Een tweede beschikking wees op 15 april 1976 een nieuwe poging af.

Het hof zal, meen ik, niet anders kunnen dan ook nu af te wijzen.

Arrest

Appellante is in hoger beroep van een beschikking van 28 februari 1980 van de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk, rechtdoende in kort geding.

Appellante heeft het bij de beschikking beslechte geschil op 5 november 1979 voor de eerste rechter aanhangig gemaakt. In haar inleidende citatie zette zij uiteen dat de Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk, wijzende in de tussen haar en haar echtgenoot, H.H., gevoerde echtscheidingsprocedure, bij vonnis van 17 november 1978 de echtscheiding in beider nadeel toegelaten had en dat zij op 26 december 1978 hoger beroep had ingesteld tegen de beschikking van dit vonnis die de tegenvordering tot echtscheiding van haar man gegrond had verklaard. Daarvan uitgaande dat ingevolge haar hoger beroep haar medeschuld aan de intussen overgeschreven echtscheiding nog niet vaststond, vroeg zij: enerzijds een voorschot van 20.000 fr. per maand op het onderhoudsgeld op grond van artikel 301 B.W., onder aanbod van eventuele toerekening op al haar goederen ingeval haar hoger beroep niet gegrond mocht worden verklaard; anderzijds een verhoging van 4.000 fr. per maand tot 7.500 fr. per maand van de destijds bij beschikking van 12 december 1974 toegekende onderhoudsbijdrage ten behoeve van elk der kinderen.

De aangevochten beschikking verklaarde appellantes vordering tot toekenning van een voorschot op de uitkering van artikel 301 B.W. niet toelaatbaar. Het verhoogde daarentegen de onderhoudsbijdrage van geïntimeerde ten behoeve van elk der minderjarige kinderen van 4.000 fr. per maand tot 6.000 fr. per maand, met koppeling aan de index van de consumptieprijzen van de maand oktober 1979.

1. Bevoegdheid — Toelaatbaarheid van de vordering

In het onderhavig geval hebben partijen voor de rechtbank van eerste aanleg wederzijdse vorderingen tot echtscheiding aanhangig gemaakt, meer bepaald appellante een hoofdvordering tot echtscheiding en geïntimeerde een tegenvordering tot echtscheiding. Het vonnis van 17 november 1978 heeft op beide vorderingen de echtscheiding toegestaan en geïntimeerde heeft op 30 januari 1979 het vonnis laten overschrijven door de ambtenaar van de burgerlijke stand te V. Ondertussen was appellante op 26 december 1978 in hoger beroep gegaan van het deel van het vonnis dat haar griefde, nl. van de beschikking waarbij de echtscheiding op tegenvordering was ingewilligd. Ingevolge dit hoger beroep is voormelde tegenvordering nog steeds hangende. Hoewel zij vanzelfsprekend de verbrekking van de huwelijksband niet langer meer beoogt, aangezien deze definitief is verkregen, wil deze tegenvordering niettemin doen vaststellen dat de tekortkomingen

van appellante tot echtscheiding moesten leiden met alle daaraan verbonden gevolgen; mitsdien moet aangenomen worden dat deze tegenvordering een vordering tot echtscheiding is en blijft in de zin van boek I, titel VI van het Burgerlijk Wetboek en van het vierde deel, boek IV, hoofdstuk XI van het Gerechtelijk Wetboek.

Nu is het zo dat, hoewel hij niet meer bevoegd is om voorlopige maatregelen te bevelen die steunen op de wederzijdse verplichting tot hulp van de echtgenoten tijdens het huwelijk, aangezien de huwelijksband definitief is verbroken door de overschrijving van de beslissing op een der vorderingen tot echtscheiding, de voorzitter krachtens artikel 1280 van het Gerechtelijk Wetboek niettemin bevoegd blijft om kennis te nemen van de voorlopige maatregelen die nodig zijn wegens de vordering tot echtscheiding die blijft bestaan. Onder deze voorlopige maatregelen moeten gerekend worden de eventuele uitkering van een provisionele uitkering op grond van artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek, alsmede de maatregelen betreffende de persoon, de goederen en het onderhoud van de gemeenschappelijke kinderen.

Om tot zijn onbevoegdheid en de ontoelaatbaarheid van appellantes vordering te besluiten, althans voor zover zij tot de provisionele uitkering op grond van artikel 301 strekte, heeft de eerste rechter het arrest van 5 januari 1978 van het Hof van Cassatie ingeroepen, doch ten onrechte. Afgezien van het feit dat de arresten van dit Hof geen reglementaire waarde bezitten, beperkt zich immers het ingeroepen arrest ertoe in herinnering te brengen dat m.b.t. de alimentatieplicht van artikel 212 van het Burgerlijk Wetboek (thans art. 213 B.W.) de bevoegdheid van de rechter in kort geding met de overschrijving van het vonnis van echtscheiding ophoudt «ten opzichte van de rechten en plichten die met de echtscheiding ophouden te bestaan (alimentatiegeld tussen echtgenoten)». Over de uitkering van artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek, die hier in het geding aan de orde is, zegt het cassatiearrest niets.

Uit het voorgaande volgt dat de eerste rechter de vordering tot uitkering van een provisie op grond van artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek ten onrechte ontoelaatbaar heeft verklaard.

2. De kwestie van het gezag van gewijsde

Geïntimeerde heeft gelijk waar hij stelt dat het echtscheidingsvonnis van 17 november 1978 gezag van gewijsde heeft. Dit gezag bezit het sedert de uitspraak (artikel 24 Ger. W.). Hij verliest evenwel uit het oog dat, zoals Van Reepinghen het aanstipt in zijn verslag over de gerechtelijke hervorming, dit gezag voorwaardelijk en beperkt is, althans zolang het vonnis niet in kracht van gewijsde is gegaan.

Het verhindert dat de vordering opnieuw wordt ingesteld (art. 25 Ger. W.) zolang de beslissing niet ongedaan is gemaakt, maar het beduidt helemaal niet dat wanneer, zoals ten deze, het vonnis of een deel ervan door hoger beroep aangevochten wordt, het vonnis of het bestreden deel ervan van een vermoeden van waarheid profiteert (Van Reepinghen, *Verslag*, blz. 53-54).

Mitsdien werpt geïntimeerde ten onrechte op dat het gezag van gewijsde van het vonnis van 17 november 1978 wat betreft de medeschuld van appellante aan de echtscheiding zich tegen de toewijzing van het door haar gevorderd voorschot verzet.

3. De kwestie van de afwezigheid van de huwelijks-gemeenschap

Het is even ten onrechte dat geïntimeerde tot de afwijzing van het gevorderd voorschot concludeert op grond van de afwezigheid van enige schuldvordering van zijn voormalige echtgenote en/of een nog te verdelen huwelijksgemeenschap.

De opwerping ware afdoende indien, gebruik makende van een mogelijkheid die voor haar door de rechtspraak en de rechtsleer wordt erkend, de appellante op grond van haar behoefte, in afwachting van de beslechting in hoger beroep van de tegenvordering van geïntimeerde, in de vorm van een onderhoudsuitkering een voorschot op haar deel in de gemeenschap had gevraagd.

Doch, zich bewust zijnde dat zij gehuwd is geweest onder het huwelijksvermogensstelsel van de scheiding van goederen, heeft appellante zulks niet gevraagd. Zij heeft van meetaf aan een provisie gevraagd op de uitkering die de geïntimeerde eventueel op zijn eigen goederen zal moeten betalen indien, na definitieve uitspraak over zijn tegenvordering tot echtscheiding, uiteindelijk mocht blijken dat hij alleen schuld draagt aan de echtscheiding.

De gedane opwerping snijdt derhalve geen hout.

4. Hoegrootheid van het toe te wijzen voorschot

Gelet op hetgeen uit het bij het dossier der rechtspleging gevoegde vroegere beslissingen in kort geding over de vroegere rang en stand van de partijen tijdens hun samenleven en hun fortuintoestand blijkt, op de evolutie die hun beider mogelijkheden en behoeften sedert deze beslissingen ondergaan hebben, op de eerder vooralsnog beperkte inkomsten van appellante en haar leeftijd en mogelijkheden (ze is bij de vijftig) en op hetgeen nodig is om haar in staat te stellen in haar bestaan te voorzien op een gelijkwaardige wijze als tijdens het samenleven, komt, mede rekening houdende met de in artikel 301, §4, van het Burgerlijk Wetboek gestelde beperking, de toekenning aan appellante van een voorschot van 12.000 fr. per maand billijk voor.

Volledigheidshalve zij gepreciseerd dat geïntimeerde geen enkel bewijs levert van zijn affirmatie volgens welke appellante de nog steeds voor dit hof hangende echtscheidingsprocedure opzettelijk rekt.

5. De onderhoudsbijdrage ten behoeve van de twee minderjarige kinderen

Het hof is van oordeel dat, gevoegd bij de kinderbijslagen, de door de eerste rechter voor elk der minderjarige kinderen (thans 14, respectievelijk 13 jaar oud) van 6.000 fr. per maand voldoening moet geven.

(...)

NOOT—Ad 2, a. Zie nochtans Jeugdrb. Nijvel, 18 maart 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 205.

Ad 2, b. Sommige rechtbanken verkiezen een gereserveerder houding aan te nemen en beperken de provisionele uitkering tot het strikt noodzakelijke. Zie Rb. Brussel, 29 september 1976, *R.W.*, 1976-77, 1820, met noot van J. Pauwels.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUSSEL

12e KAMER — 11 JUNI 1980

Voorzitter: de h. Maréchal

Rechters: mevr. Pauwels en de h. Norman
Advocaten: mrs. Haesbrouck en Segers

Onrechtmatige overheidsdaad — Vernietigingsarrest van de Raad van State — Gezag van gewijsde — Gevolgen op de civielrechtelijke aansprakelijkheidsvordering.

Ingevolge het arrest van de Raad van State houdende vernietiging, enerzijds van de beslissing van de minister van Volksgezondheid het toekennen van de door eiseres aangevraagde vergunning tot het oprichten van een voor het publiek opengestelde apotheek niet voor te stellen aan de Koning, en anderzijds van de beslissing van de Commissie van Hoger Beroep betreffende de spreiding van de voor het publiek opengestelde apotheken de door eiseres aangevraagde vergunning niet toe te staan, staat het vast dat de Belgische Staat een fout heeft begaan.

De P. t/ Belgische Staat, Minister
van Volksgezondheid.

Overwegende dat de vordering ertoe strekt verweerder te doen veroordelen om aan aanlegster een schadevergoeding te betalen op grond van fouten die verwerende partij zou hebben begaan in verband met de aanvraag tot opening van een farmaceutische officina te S., ingediend door aanlegster op 1 juli 1970, door meer in het bijzonder zonder enige rechtsgrond aanlegster te hebben verhinderd haar beroep als zelfstandig apotheker uit te oefenen; (...)

Ten aanzien van de feiten

Overwegende, dat voor het van kracht worden van de hieronder beschouwde bepalingen, geen vergunning was vereist voor het oprichten of het overbrengen naar een andere plaats van een farmaceutische officina;

Dat, krachtens de wet van 31 maart 1967, waarbij bijzonder machten werden toegekend aan de Koning, inzonderheid artikel 1, littera a, bepalend dat de Koning door in ministerraad overgelegde besluiten alle nuttige maatregelen kan treffen ten einde «de kwaliteit der geneeskundige zorgen te bevorderen en de normale verstrekking ervan te verzekeren door een herziening en een aanpassing van de wetgeving in verband met de uitoefening van de verschillende takken van de geneeskunde», op 10 november 1967 een koninklijk besluit nr. 78 werd uitgevaardigd, waarvan artikel 4, § 3, bepaalt dat «de Koning alle maatregelen kan treffen met het oog op het aanpassen van het aantal officina's die voor het publiek mogen worden opengesteld in functie van de vereisten van de volksgezondheid»;

Dat op grond hiervan op 9 februari 1970 een koninklijk besluit betreffende de spreiding van de voor het publiek opengestelde officina's werd genomen, op 14 februari 1970 in het Belgisch Staatsblad bekend gemaakt, en op dezelfde dag in werking is getreden; dat krachtens artikel 3, eerste lid, van dit besluit «een voor het publiek opengestelde officina alleen kan worden opgericht indien in haar verband een vergunning werd verleend op grond van de eisen van de volksgezondheid»;

Dat, in een op 7 januari 1970 over het ontwerp van voormeld koninklijk besluit gegeven advies (Belgisch Staatsblad 1970, pp. 1516 en volgende), de Raad van State erop wees dat artikel 4, derde lid, van het koninklijk besluit van 10 november 1967 de bevoegdheid van de Koning

te buiten ging en dat bovendien regelend werd opgetreden in een materie die onder de wet van 12 april 1958 betreffende de medisch-farmaceutische cumulatie viel; dat een beperking van de vrijheid om welk beroep ook uit te oefenen alleen ingevolge de wet kan gebeuren; dat, wat het ontwerp van het koninklijk besluit van 9 februari 1970 betrof, uit de lezing van de tekst, zoals uit de door de daartoe gemachtigde ambtenaren verstrekte inlichtingen, bleek dat inzonderheid overwegingen van economische aard ten grondslag lagen aan de nagestreefde doeleinden, zodat er een gebrek aan rechtsgrond was voor het ontwerp;

Dat aanlegster op 1 juli 1970 een aanvraag indiende tot het verkrijgen van een vergunning tot het oprichten van een officina te S.;

Dat op 14 juni 1971 de minister van Volksgezondheid besliste het toekennen van de gevraagde vergunning *niet* voor te stellen aan de Koning;

Dat aanlegster op 6 juli 1971 beroep aantekende tegen die beslissing;

Dat de Commissie van Beroep op 26 november 1971 dat beroep ongegrond verklaarde en zulks op 1 december 1971 aan aanlegster werd betekend;

Dat aanlegster bij verzoekschrift van 22/24 januari 1972 aan de Raad van State de nietigverklaring vroeg van de ministeriële beslissing alsmede van de bevestiging ervan in beroep;

Dat inmiddels in het Staatsblad van 4 november 1972 het koninklijk besluit van 27 oktober 1972 verscheen, waarbij het vroegere vestigingsbesluit van 9 februari 1970 werd opgeheven en waarin weer de verplichting werd opgenomen tot het verkrijgen van een voorafgaande vergunning van de minister die de Volksgezondheid onder zijn bevoegdheid heeft, om een voor het publiek opengestelde apotheek op te richten (artikel 1);

Dat aanlegster tegen dit nieuwe koninklijk besluit op 29 december 1972 een verzoekschrift tot nietigverklaring indiende bij de Raad van State;

Dat aanlegster op 27 januari 1973 (volgens eigen verklaring) besloot een officina te openen zonder vergunning;

Dat zij op 5 maart 1973 ten gevolge van die daad werd geschorst in het recht de artseneijbereidkunde uit te oefenen voor een termijn van een jaar;

Dat zij beweert dat haar inmiddels door de groothandel L. de verdere uitoefening van haar beroep onmogelijk gemaakt werd, doordat deze weigerde nog produkten ter beschikking te stellen; dat voorts allerlei instanties, onder meer het Ministerie van Volksgezondheid, de Orde van Apothekers, de Algemene Farmaceutische Bond, tot 10 maart 1974 alles in het werk hebben gesteld om haar te verhinderen daadwerkelijk haar beroep in de door haar gekozen officina uit te oefenen; dat het Ministerie van Volksgezondheid weigerde de noodzakelijke afleveringsbons te verschaffen om verdovende middelen te mogen bezitten; dat het Rijksinstituut voor Ziekte- en Invaliditeitsverzekering weigerde het aan de patiënten toegestane krediet aan aanlegster terug te betalen (systeem derde betalende);

Dat op 11 mei 1973 het Hof van Cassatie een arrest wees waarbij de koninklijke besluiten van 9 februari 1970 en van 27 oktober 1972 strijdig met de wet werden verklaard zodat ze ingevolge artikel 107 van de Grondwet niet konden worden toegepast;

Dat op 14 december 1973 de Raad van State een arrest wees, waarbij de twee zoëven vermelde koninklijke be-

sluiten erga omnes nietig verklaard werden;

Dat bij arrest van 11 september 1974 de Raad van State de beslissing van 14 juni 1971, waarbij de minister van Volksgezondheid besliste het toekennen van de door aanlegster gevraagde vergunning niet voor te stellen aan de Koning, en de beslissing van de Commissie van Hoger Beroep betreffende de spreiding van de voor het publiek opengestelde apotheken van 26 november 1971, in zover zij beslist heeft de aangevraagde vergunning niet toe te staan, vernietigd heeft;

Dat op 3 december 1974 de Nederlandstalige Raad van Beroep van de Orde der Apothekers de beslissing van de Provinciale Raad van Limburg van de Orde der Apothekers van 5 september 1973, waarbij aan aanlegster als tuchtstraf een schorsing van een jaar was opgelegd, te niet deed en besliste dat er geen aanleiding bestond aan aanlegster een sanctie op te leggen;

Ten aanzien van het recht

Overwegende dat de vordering van aanlegster steunt op artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek;

Dat aanlegster betoogt dat de foutieve gedraging van verweerder vooreerst bestaan heeft in de uitvaardiging door de uitvoerende macht van een reglementering waardoor aanlegster werd verhinderd zich als zelfstandig apotheker te vestigen, terwijl de illegaliteit van deze reglementering vaststaat ingevolge de nietigverklaring van de Raad van State in het arrest 16.165 (Arresten Raad van State 1973, p. 1038 en volgende); dat de loutere vaststelling van het onwettig reglementerend optreden van de overheid ter zake volstaat als bewijs van een fout in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, zonder dat verder de onvoorzichtigheid of de nalatigheid van verweerder dienen te worden aangetoond, aangezien de machtsoverschrijding per se deze fout is;

Dat verweerder aanvoert dat bij de uitvaardiging van de koninklijke besluiten van 9 februari 1970 en 27 oktober 1972 geen fout in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek werd begaan door de uitvoerende macht; dat, hoewel deze besluiten nadien vernietigd werden, in de gegeven omstandigheden met normale voorzichtigheid en aandacht gehandeld werd; dat het begrip «fout» niet kan worden gehanteerd voor daden van de uitvoerende macht bij het stellen van algemene normen, die later overgenomen werden bij een wet (wet van 17 december 1973);

Overwegende dat ingevolge het arrest van de Raad van State van 11 september 1974, houdende vernietiging van enerzijds de beslissing van 14 juni 1971, waarbij de minister van Volksgezondheid beslist heeft het toekennen van de door aanlegster aangevraagde vergunning niet voor te stellen aan de Koning, en anderzijds de beslissing van de Commissie van Hoger Beroep betreffende de spreiding van de voor het publiek opengestelde apotheken van 26 november 1971 in zoverre zij beslist heeft de aangevraagde vergunning niet toe te staan, vaststaat dat de Belgische Staat een fout gepleegd heeft;

Dat die fout zich vereenzelvigt met het feit dat ten grondslag ligt aan de huidige aanvraag tot schadevergoeding, althans wat betreft de periode die zich uitstrekt van 14 juni 1971, datum van de weigeringsbeslissing van de minister van Volksgezondheid, of, juister gezegd, 15 oktober 1971, datum waarop aanlegster haar apothekersdiploma behaalde, tot 27 januari 1973, datum waarop zij

zonder vergunning een officina opende;

Dat, wat deze laatste datum betreft, in strijd met wat verweerder staande houdt, uit de tekst van de beslissing van de Provinciale Raad van de Orde der Apothekers van Limburg van 5 maart 1973 niet kon worden afgeleid dat aanlegster haar officina reeds geopend had op 4 november 1972;

Dat, behalve de zoëven vermelde fout aanlegster in gebreke blijft enige andere fout van verweerder te bewijzen;

Dat verweerder terecht inroept dat hij niet hoeft in te staan voor eventuele fouten die zouden zijn begaan door de andere rechtspersonen, vermeld in de dagvaarding, zoals de Orde der Apothekers, de groothandel L., de Algemene Pharmaceutische Bond (A.P.B.), het Rijksinstituut voor Ziekte- en Invaliditeitsverzekering (R.I.Z.I.V.), die aanlegster niet gemeend heeft in het geding te moeten betrekken;

Dat, wat verweerder zelf betreft, aanlegster gewag maakt van een weigering van het Ministerie van Volksgezondheid om de noodzakelijke afleveringsbons te verschaffen om verdovende middelen te mogen bezitten, doch dienaangaande geen enkel stavingsstuk wordt voorgelegd noch nadere uitleg wordt verstrekt;

Wat de schade betreft

Overwegende dat aanlegster, in de dagvaarding en in haar aanvullende conclusies neergelegd op 7 november 1979, die zij evenwel niet handhaaft wat betreft de cijfermatige toelichting van de door haar beweerd geleden schade, aanspraak maakt op vergoeding van de volgende schadeposten:

1. a) derving van inkomsten van 15 oktober 1971 tot 1 februari 1973, dus 15½ maand gedurende dewelke zij enkel anderhalve maand vervanging waarnam;
- b) derving van inkomsten van 1 februari 1973 tot 10 maart 1974;
2. huur ruimte apotheek:
 - a) van 27 januari 1973 tot 11 maart 1974;
 - b) van 11 maart 1974 tot 30 september 1975;
3. verplichting langer te moeten huren zonder te kunnen bouwen, namelijk van oktober 1971 tot en met januari 1976;
4. kosten beroepen bij Raad van State;
5. verloren interesten gedurende 5 jaar op in 1970 aangekochte bouwgrond om apotheek op te richten;
6. ten gevolge van het vijf jaar later aangaan van een hypothecaire lening met gemengde levensverzekering, noodzakelijkheid hogere premies te betalen;
7. tevens noodzakelijkheid hogere rente voor deze hypothecaire lening te betalen;
8. ten gevolge van stijging van de prijzen in de bouwsector, hogere kostprijs van de door aanlegster gebouwde woning;
9. morele schade.

Overwegende dat, van de hierboven opgesomde posten, post 9 (morele schade) als niet bewezen voorkomt; dat post 4 (kosten beroepen bij de Raad van State) een doublure is met de begroting van bedoelde kosten in de arresten van de Raad van State; dat, wat de posten 1, b, 2, 3, 5, 6, 7 en 8 betreft, het oorzakelijk verband met de door verweerder begane fout niet aangetoond is;

Dat, wat post 1, a, betreft, dit oorzakelijk verband wel

aangetoond is, doch zulks slechts in de hiernabepaalde mate:

dat aanlegster beweert dat zij, zonder de nadien nietig verklaarde beslissingen in verband met haar aanvraag tot het openen van een officina reeds omstreeks 15 oktober 1971 een apotheek had kunnen openen te S.;

dat zij gedurende de periode van 15 oktober 1971 (datum waarop zij haar apothekersdiploma behaalde) tot 27 januari 1973 (datum waarop zij zich vestigde zonder vergunning) slechts gedurende 1½ maand inkomsten genoot als vervangend apotheker;

dat aanlegster niet aantoonde dat het haar gedurende het overige gedeelte van deze periode niet mogelijk is geweest als apotheker werkzaam te zijn, hetzij als waarnemend of vervangend apotheker, hetzij in dienstverband;

dat de enige schade, die in oorzakelijk verband blijkt te staan met de door verweerder begane fout, dan ook bestaat in het verschil tussen de inkomsten die aanlegster gedurende de periode van 15 oktober 1971 tot 27 januari 1973 had kunnen verwerven als zelfstandig apotheker en de inkomsten die het haar mogelijk ware geweest gedurende dezelfde periode, ook onder het regime van de nadien vernietigde koninklijke besluiten te verwerven als waarnemend of vervangend apotheker of als apotheker in dienstverband;

dat, ten einde dit verschil te bepalen, de door aanlegster gevraagde onderzoeksmaatregel als niet dienende voorkomt, daar te weinig vaststaande gegevens voorhanden zijn, wat betreft enerzijds de inkomsten die aanlegster als beginnend zelfstandig apotheker in dienstverband had kunnen verwerven en anderzijds de inkomsten die zij als waarnemend of vervangend apotheker of als apotheker in dienstverband had kunnen verwerven;

dat de door aanlegster geleden schade enkel vatbaar is voor een raming *ex aequo et bono*;

dat de bedoelde schade op passende wijze wordt vergoed door toekenning van een bedrag van 250.000 frank; (...)

NOOT—Betreffende de gevolgen van het gezag van gewijsde van een vernietigingsarrest van de Raad van State op de tegen de overheid gerichte aansprakelijkheidsvordering, raadplege men: J.-L. Fagnart, noot bij Cass., 4 januari 1973, *J.T.*, 1973, 552, nr. 7; *Id.*, *Examen de la jurisprudence concernant la responsabilité (1968-1975)*, Brussel, Larcier, 1976, 37, nr. 34; *Id.*, «La responsabilité de l'administration du chef d'excès de pouvoir», noot bij Hof Brussel, 14 september 1978, *Adm. Publ. T.*, 1979-80, 58-62; R.O. Dalcq, «Examen de jurisprudence (1968 à 1972) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», *R.C.J.B.*, 1974, 257-258, nr. 84; A. Vanwelkenhuyzen, «L'autorité de chose jugée des arrêts du Conseil d'Etat en matière de responsabilité de la puissance publique», *R.C.J.B.*, 1977, 421-445; W. Lambrechts, «Het zorgvuldigheidsbeginsel in de rechtspraak in verband met de overheidsaansprakelijkheid», *R.W.*, 1979-80, 1409-1430, i.h.b. 1426-1428.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE MECHELEN

1e KAMER — 19 MEI 1981

Voorzitter: de h. Wauters

Rechters: de hh. Peeters en Simons

Advocaten: mrs. Verhavert en Duchesne

Ouderlijke verplichtingen — Na echtscheiding door onderlinge toestemming — Onderhoudsgeld — Wijziging volgens de middelen van partijen.

Het bedrag van het onderhoudsgeld door een van de ouders aan de andere te betalen voor onderhoud en opvoeding van hun kind, vastgesteld in een echtscheiding door onderlinge toestemming, kan gewijzigd worden.

Voor de vaststelling van het bedrag wordt rekening gehouden met de middelen van beide ouders.

M. t/ F.

Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Vredegerecht van Mechelen op 1 okt. 1980 vorderde geïntimeerde S.F. dat appellant zou worden veroordeeld om aan haar te betalen een bedrag van 5.000 fr. per maand, betaalbaar de eerste dag van iedere maand vanaf 1 oktober 1980 en aangepast aan de schommelingen van het indexcijfer der kleinhandelsprijzen uit hoofde van onderhoudsgeld voor het minderjarig kind der partijen.

Bij vonnis van 17 december 1980, werd de vordering ontvankelijk en gegrond verklaard en werd appellant veroordeeld om als onderhoudsgeld voor het kind te betalen een maandelijks bedrag van 5.000 fr. vanaf 1 oktober 1980; er werd gezegd dat dit onderhoudsgeld gekoppeld wordt aan de schommelingen van het indexcijfer der consumptieprijzen met als basis dit van de eerste oktober 1980 en dat bij wijziging in min of meer met 5 punten ten overstaan van het basisindexcijfer van 1 oktober 1980 het onderhoudsgeld zal worden gewijzigd in min of meer met 5 procent; ook werd gezegd voor recht dat de aanpassingen aan het indexcijfer der consumptieprijzen automatisch dienen te gebeuren wanneer de grens van 5 punten ten overstaan van de basisindex van 1 oktober 1980 bereikt wordt.

Uit de door partijen voorgelegde stukken blijkt dat beroeper een netto-inkomen heeft van meer dan 30.000 fr. per maand. Hij houdt staande dat hij nog een aantal lasten heeft, maar met een deel ervan kan geen rekening worden gehouden, d.i. met de kosten van de wagen Renault 18 nu appellant met een kleinere en dus goedkopere wagen zou kunnen volstaan om zich naar zijn werk te begeven; er kan eveneens weinig rekening worden gehouden met een lening van 301.000 fr. (terug te betalen met 48 maandelijks termijnen van 8.769 fr.) op 18 september 1980 aangegaan voor het aflossen van zijn woning, aangezien appellant op dat ogenblik al wist dat geïntimeerde aanspraak zou maken op een verhoging van het onderhoudsgeld.

Anderzijds ontvangt geïntimeerde ongeveer 11.000 fr. per maand als werkloosheidsvergoeding plus ongeveer 1.800 fr. per maand als kinderbijslag.

Appellant beweert wel dat zij nog in het zwart zou werken als werkvrouw doch hij bewijst dat niet noch biedt hij aan dit te bewijzen.

Appellant beweert eveneens dat de vraag tot verhoging van het onderhoudsgeld eigenlijk een revanchemaatregel is tegen een vraag tot uitbreiding van het bezoekrecht doch dit wordt niet bewezen en heeft ter zake overigens weinig belang.

Het is inderdaad zo dat het onderhoudsgeld tussen echtgenoten na echtscheiding bij onderlinge toestemming in principe onveranderlijk is doch de vraag betreft hier een verhoging van het onderhoudsgeld ten voordele van het kind; appellant houdt ten onrechte staande dat het een verkapte vordering tot onderhoudsgeld voor beroepene zelf is, daar dit onderhoudsgeld voor het kind sinds 1974 hetzelfde is gebleven, nl. 2.000 fr. per maand, zelfs zonder indexering.

Rekening houdend met de respectieve middelen van beide partijen komt het billijk voor het onderhoudsgeld ten voordele van het kind G.M. te bepalen op 3.500 fr. per maand.

De door de eerste rechter toegepaste indexformule kan niet worden behouden omdat bij deze formule de verhoging van het onderhoudsgeld belangrijker is dan de evenredige verhoging van het indexcijfer. Een indexering zoals hieronder moet worden toegepast,

*Om die redenen,
De Rechtbank,*

Veroordeelt appellant om als onderhoudsgeld voor het kind te betalen de som van 3.500 fr. per maand vanaf 1 oktober 1980; zegt voor recht dat deze basisonderhoudsuitkering gekoppeld wordt aan de index van de consumptieprijzen met als spilindex het indexcijfer van april 1981 ten belope van 150,54 punten, met dien verstande dat de uitkering voor de eerste maal op 1 juli 1981 en vervolgens om de zes maanden aan het gewijzigde indexcijfer zal worden aangepast en berekend volgens de volgende formule: het basisonderhoudsgeld wordt vermenigvuldigd met het indexcijfer van twee maanden vóór de aanpassing en gedeeld door het spilindexcijfer.

NOOT—Hoewel de beslissing conform lijkt met de gevestigde rechtspraak ter zake, is de motivering wat kort uitgevallen. Inderdaad hangt de wijziging van het onderhoudsgeld voor kinderen na echtscheiding door onderlinge toestemming af van: 1° de noden van het kind; 2° de middelen van partijen; 3° de vraag of de ouder die het onderhoudsgeld ontvangt met eigen middelen in staat is (hoe zwaar hem dat ook zou vallen) het kind het onderhoud en de opvoeding te verschaffen waarop het recht heeft rekening houdend met 1° en 2°.

J.P.

BOEKEN

D. HUND, **Belastingverdragen — Instrumenten ter voorkoming van internationale dubbele belasting**, Kluwer, Deventer, 32,50 gulden

Meer en meer reist men naar het buitenland in het raam van zijn beroepswerkzaamheid of transfereert men een deel van zijn vermogen om het in de vreemde te beleggen in onroerende goederen, aandelen, e.d.

Fiscaal is dat uiterst belangrijk. Immers belasten de meeste landen, o.a. ook België en Nederland, hun inwoners op hun wereldinkomen. Dit betekent dat de Belg (of de Nederlander) in beginsel belast wordt op het geheel van zijn zowel in eigen land als in het buitenland verkregen inkomsten. Daar het buitenland in de regel dezelfde methodiek volgt, worden die in het buitenland verworven inkomsten dubbel of tweemaal belast, d.w.z. er ontstaat internationale dubbele belasting (heffing van dezelfde belasting — of belasting van dezelfde aard — op dezelfde inkomsten door twee of meer Staten, ten laste van *dezelfde* persoon), die vanzelfsprekend heel wat anders is dan de interne dubbele belastingheffing (heffing door dezelfde Staat van twee dezelfde belastingen — of twee belastingen van dezelfde aard — op dezelfde inkomsten in hoofde van dezelfde persoon).

Theoretisch heeft elke Staat, wegens zijn belastingsovereiniteit of exclusieve bevoegdheid om op zijn grondgebied belasting te heffen, niet rekening te houden met de belastingregeling van de andere Staten. In de praktijk echter zijn de Staten daartoe verplicht, aangezien voormelde dubbele belastingheffing niet alleen een belangrijke hinderpaal vormt voor de internationale handel en investeringen, doch bovendien een zo ongelijke als onrechtvaardige verdeling van de belastingdruk tot gevolg heeft (d.i. naargelang de belastingschuldigen ofwel ook belangen in het buitenland hebben ofwel hun beroepswerkzaamheden tot het nationale grondgebied beperken). De Staten hebben dan ook maatregelen getroffen om die dubbele belastingheffing weg te werken of althans de nadelige gevolgen ervan zoveel mogelijk te verzachten.

In deze recensie van een boek over dubbelbelastingverdragen wordt voorbijgegaan aan de eenzijdige maatregelen, d.w.z. de maatregelen die een bepaalde Staat treft, via zijn eigen of interne belastingwetgeving, zoals zijn belasting op in het buitenland en aldaar belaste inkomsten verminderen; met zijn belasting een gedeelte van de buitenlandse belasting verrekenen, e.a. Trouwens leiden die eenzijdige maatregelen niet altijd tot bevredigende resultaten. Ook is voor een Staat de meest doeltreffende maatregel ter zake... het sluiten van een verdrag met de andere Staten.

Welnu, over die bedoelde verdragen bezorgt het logisch ingedeelde en zeer duidelijke werk van mr. D. Hund een schat van gegevens in een goed geordende vorm.

Het eerste deel handelt uitvoerig over het tot stand komen van de door Nederland met andere Staten gesloten verdragen (de jongste tijd meestal als «overeenkomsten» betiteld) ter vermijding (ook het nieuwe «voorkoming» heeft dezelfde betekenis) van internationale dubbele belastingheffing. Het hele behandelingspatroon dat aan de uiteindelijke verdragssluiting voorafgaat, wordt op bevattelijke wijze uiteengezet. Voorts worden de in de diverse verdragen voorkomende begrippen omschreven en wordt antwoord verstrekt op talrijke vragen, zoals: wat is de structuur van de verdragen, wat is de functie van protocol, nota-uitwisseling, uitvoeringsbesluit, e.a.? Daarbij wordt eveneens aandacht besteed aan de verschillende modelverdragen die sedert 1928 tot stand zijn gekomen (waarin het streven naar een grotere eenvoudigheid op het terrein van «bilaterale» belastingovereenkomsten uitmondt), alsmede aan de pogingen om belastingverdragen tussen meer dan twee staten of «multilaterale» belastingverdragen te sluiten.

Opmerkelijk is dat de thans in Nederland en in België vigerende dubbelbelastingovereenkomsten alle zijn gebaseerd op het OESO-model: alle hebben dezelfde artikelsgewijze indeling, dezelfde inhoud, enz. met in elk verdrag weliswaar enkele aanpassingen aan speciale toestanden en dies meer.

Insgelijks wordt de nadruk gelegd op de bespreking van de relatie tussen de gesloten verdragen en de nationale belastingwetgeving: in geval van conflict tussen een bepaling in die wetgeving en een bepaling in een belastingovereenkomst primeert de laatstvermelde (in Nederland overeenkomstig artikel 66 van de Grondwet; in België op grond van de recente — door het arrest van 27 mei 1971 ingeluide — rechtspraak van het Hof van Cassatie). Anderdeels wordt beklemtoond dat het verdrag als hoofddoel heeft het vermijden van dubbele belastingheffing, zodat

het derhalve geen nieuwe belastingplicht schept: dit belangrijke aspect wordt, in het tweede deel, herhaaldelijk en ad rem toegevoegd.

Waar zulks nuttig bleek, zijn uiterst nuttige overzichten en schema's opgenomen.

Het tweede deel biedt degene die een inzicht in het belastingverdragsrecht wenst te verkrijgen, een uitzonderlijke kans. Immers, na eerst de structuur van een verdrag te hebben geanalyseerd, bespreekt de auteur op de hem eigen en klare wijze achtereenvolgens elk artikel van het Nederlands «Standaardverdrag» (dat gebaseerd is op het OESO-model van 1977, doch hier en daar wat aangepast is aan specifieke Nederlandse eisen). In die meestal korte — voor sommige artikelen echter minder summiere — toelichting besteedt hij voornamelijk aandacht aan de onderlinge samenhang van de verschillende artikelen, wijst hij — waar nodig — op de problemen die bij de toepassing rijzen of kunnen rijzen en voorziet hij zijn commentaar van verscheidene klaar gestructureerde overzichten (o.a. een bronheffing- en een artikeloverzicht).

Het grote voordeel van de door de auteur toegepaste methode is dat men, na het aandachtige lezen van amper een 60 tal pagina's, degelijk weet op welke personen de overeenkomsten van toepassing zijn, welke de betekenis is van een aantal begrippen die geregeld in de overeenkomsten worden gebruikt, voor welke belastingen de overeenkomsten gelden, welke de regeling is voor de verschillende inkomstenbestanddelen (onroerende inkomsten, dividenden, interesten, royalties, enz.).

Met een minimale inspanning en in een recordtijd is men er dan ook van op de hoogte, dat een overeenkomst de internationale dubbele belastingheffing vermijdt door, voor een bepaalde inkomsten- of vermogenscategorie, de heffingsbevoegdheid ter zake ofwel toe te wijzen aan één van beide partnerstaten (bv. voor inkomsten uit onroerende goederen aan de Staat waar de goederen gelegen zijn), ofwel tussen de partnerstaten te verdelen, zoals dat bv. het geval is voor dividenden die in beginsel belastbaar zijn in de woonstaat (d.i. in de Staat waar de genietter zijn fiscaal domicilie heeft), doch waarvoor ook de bronstaat (d.i. de Staat waaruit de dividenden afkomstig zijn) een beperkt heffingsrecht bezit.

Hoe leerrijk het besproken boek is, moge blijken uit de paar hierna aangehaalde regelen van het dubbelverdragenrecht.

De inkomsten uit onroerende goederen die (onverschillig de wijze waarop ze worden verkregen; voor de winst behaald met de vervreemding geldt evenwel een andere regeling) worden belast in de Staat waar de goederen gelegen zijn, zelfs als die goederen deel uitmaken van een onderneming of gebruikt worden voor het verrichten van zelfstandige arbeid.

Toch betekent zulks geenszins dat de betrokken Staat die inkomsten als onroerende inkomsten dient te belasten. Zo bv. wordt aan België het heffingsrecht toegewezen voor de inkomsten uit op zijn grondgebied gelegen landbouw- en bosbedrijven, daar het in dat geval — volgens het verdrag — gaat om inkomsten uit onroerende goederen. Welnu, België zal die inkomsten belasten overeenkomstig zijn interne wetgeving, d.i. als bedrijfsinkomsten, niettegenstaande ze voor het toewijzen van heffingsbevoegdheid als onroerende inkomsten worden beschouwd.

Een tweede regel is niet minder belangrijk. Immers, indien de overeenkomst in een bepaald geval de heffingsbevoegdheid toewijst aan de verdragsstaat A, doch diens interne wetgeving voor dat bepaald geval niet in een belastingheffing voorziet, dan zal die Staat zijn heffingsrecht eenvoudig niet kunnen uitoefenen: de overeenkomst schept immers, zoals hierboven is vermeld, geen nieuwe belastingplicht. Aldus kan Nederland de hem door een overeenkomst toegewezen heffingsbevoegdheid niet uitoefenen ter zake van o.a. «Nederlandse» interesten — zelfs niet als ze naar het buitenland stromen — daar de Nederlandse wetgeving geen afzonderlijke belasting op interesten kent.

Objectiefshalve moet worden vermeld, dat de talrijke door de Staten gesloten dubbelbelastingverdragen, ofschoon zeer sterk

geïnspireerd door het OESO-model, velerlei en uiteenlopende bepalingen bevatten die ook inhoudelijk ernstige verschillen vertonen, zodat, voor de toepassing van elk van die overeenkomsten, vanzelfsprekend een beroep op de tekst van iedere overeenkomst moet worden gedaan. Doch, opdat zulks met vrucht kan plaatsvinden, is het ten eerste aangewezen, ja onontbeerlijk, een basiskennis te hebben van die complexe en niet bijster gemakkelijke materie. En om die noodzakelijke basiskennis te verkrijgen, wordt het boek van mr. D. Hund onvoorwaardelijk aanbevolen.

De omstandigheid dat in die publikatie wordt uitgegaan van het Nederlands standaardverdrag en dat gemeld verdrag feitelijk uitsluitend getoetst wordt aan het Nederlandse belastingrecht, doet geenszins afbreuk aan die aanbeveling: aangezien het toegelichte standaardverdrag gebaseerd is op de OESO-model en de door België gesloten overeenkomsten eveneens door voormeld model zijn geïnspireerd, is het boek van mr. D. Hund ook voor de Belgische belangstellenden buitengewoon nuttig.

F. Amerijckx

F. LEURQUIN, DE VISSCHER en F. SIMONART., *Documentation et méthodologie juridiques*, Bruylant, Brussel, 1980, 1.749fr.

Met dit werk willen de auteurs hoofdzakelijk een antwoord verstrekken op een vraag die bij velen geregeld steeds meer en meer rijst: waar en hoe kan men in de immer omvangrijker wordende rechtsdocumentatie de adequate gegevens en inlichtingen vinden met betrekking tot een bepaald rechtsprobleem of een bepaalde rechtstoestand?

In het eerste deel (*normatieve bronnen*) wordt gehandeld over het vinden van de rechtsregel. Daar in België essentieel het geschreven recht geldt, moet dan ook de rechtsregel in geschriften worden gezocht. In de talrijke publikaties over de in België toepasselijke wetgeving maken de auteurs terecht een onderscheid tussen de officiële en de officieuze documentatiebronnen.

Wat de officiële bronnen betreft, wordt de publikatie van de rechtsnormen — overeenkomstig het door artikel 129 van de Grondwet gehuldigde beginsel — door de in het boek opgesomde en bondig gecommentarieerde wetten geregeld. Dat in die opsomming geen melding wordt gemaakt van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen van 8 augustus 1980 (voor de decreten en uitvoeringsbesluiten van de Gemeenschappen en Gewesten) kan alleen te wijten zijn aan het feit dat het boek in 1980 van de pers kwam, want «Documentation et méthodologie juridiques» kan beslist op volledigheid bogen.

Zelfs iemand die nog nooit een Belgisch Staatsblad ter hand heeft genomen, weet in enkele ogenblikken hoe de «Moniteur» eruit ziet (dank zij de reproductie van de voorpagina), welke de inhoud ervan is, waar de verwijzing naar de parlementaire bescheiden wordt vermeld (dank zij de reproductie van de wet van 31 mei 1961 betreffende o.m. het opmaken, het bekendmaken en de inwerkingtreding van de wetten), hoe daarin een tekst kan worden opgezocht (dank zij de reproductie van een pagina van de alfabetische opgave in het Belgisch Staatsblad), wat voorkomt in Bijlagen van het Staatsblad, enz.

Voor de officieuze bronnen — in de eerste plaats de chronologische verzamelingen (Pasinomie, Omnilegie, enz.) en vervolgens de permanente verzamelingen (de Codes Bruylant en Larcier, de Wetboeken Story, U.G.A., enz.) — wordt op dezelfde systematische en nauwgezette wijze te werk gegaan (reproductie van de voorpagina van die verzamelingen, enz.).

Wanneer eenmaal de hand is gelegd op de toepasselijke tekst, komt het erop aan de betekenis ervan te kennen. Die tekst is immers maar de formule door middel waarvan de auteur (wetgever, regering, enz.) zijn wil of bedoeling te kennen geeft en die formule laat maar al te dikwijls aan duidelijkheid te wensen over. Om dan te weten wat de auteur precies en werkelijk heeft gewild, moet de toepasselijke tekst worden uitgelegd of geïnterpreteerd. Welnu, voor de uitlegging of interpretatie zal, volgens de aard van

de uit te leggen norm of regel, op verschillende wijze worden gehandeld.

De wetten worden uitgelegd aan de hand van de parlementaire bescheiden, de parlementaire handelingen (eventueel het beknopt verslag) en het advies van de Raad van State. In bepaalde gevallen kan aanvulling worden gevonden in het Bulletin van Vragen en Antwoorden. Ook verstrekken de auteurs de onmisbare gegevens over voormelde stukken, over de plaats waar de vereiste verwijzingen naar die stukken voorkomen, over de voor die verwijzingen gebruikelijke afkortingen, enz. Tevens wordt hun tekst verduidelijkt door de reproductie van een wetsontwerp (met het advies van de Raad van State), van de desbetreffende verslagen van de bevoegde Kamer- en Senaatcommissie, van de parlementaire handelingen. Daarop volgen verscheidene oefeningen, waardoor het duidelijk wordt hoe praktisch dient te worden gehandeld.

In het tweede en het derde deel (respectievelijk gewijd aan de *jurisprudentiële* en de *doctrinale* bronnen) wordt dezelfde werkwijze toegepast en wordt aangegeven hoe men de hand kan leggen op de gewenste informatie. Systematisch komen de overtalrijke publikaties aan de orde (zeer uitzonderlijk ontbreekt hier of daar een publikatie, o.m. de B.T.W.-Revue). Voor iedere publikatie (met veelal reproductie van de voorpagina, van een gedeelte van de inhoudsopgave, enz.) wordt vermeld wat erin verschijnt, alsmede eventueel welke evolutie de inhoud de jongste jaren heeft ondergaan, welke publikaties zijn verdwenen of samengesmolten met andere, enz. Vooral voor studenten en andere beginners ontbreekt het niet aan nuttige aanwijzingen, zoals bv. hoe een vonnis of arrest wordt ingedeeld, hoe het moet worden gelezen, hoe vonnissen, arresten in de voornaamste tijdschriften gebruikelijk worden afgekort.

Het vierde deel heeft het in de eerste plaats over de opzoekingen door de onderzoeker zelf en over die met behulp van de informatica. Daarna komt het geschrift aan de beurt, waarvoor onderscheid wordt gemaakt tussen de tekst en de verwijzingen naar de geraadpleegde bronnen. Ook hier worden de regels aangegeven om op correcte manier aan de wetgeving, de rechtspraak en de rechtsleer te refereren.

Na de bijlagen (o.m. de adressen van de bibliotheken waar de jurist de vereiste documentatie kan vinden, de titels van nuttige woordenboeken) volgt een aan het Franse recht gewijd addendum.

Een alfabetische tabel en een inhoudsopgave bevorderen de bruikbaarheid van dit rijk gedocumenteerde boek dat ongetwijfeld een leemte in onze rechtsliteratuur aanvult.

Het werk werd opgevat en verwezenlijkt ten behoeve van de studenten in de rechten, doch is voor velen — dank zij de didactische hoedanigheden en de volledigheid van de publikatie — een schat van gegevens voor een stelselmatig opzoeken en een oordeelkundig gebruik van de overvloedige ter beschikking staande rechtsdocumentatie.

F. Amerijckx

F. RGAUX, ed, *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des États membres*, Larcier, 1981, 274p., 1.820fr.

Dit bundel verzamelt de lezingen welke in 1979 gehouden werden voor het Institut universitaire international te Luxemburg. Het geeft een duidelijk beeld van wat binnen de Gemeenschap inzake I.P.R. verricht wordt. Voor wie niet alleen in het Belgische I.P.R. geïnteresseerd is, doch ook voeling wil krijgen met de tendensen die zich internationaal aftekenen, is dit boek interessante lectuur.

Sedert een vijftien jaar groeit er immers een communautair I.P.R. tussen de lid-staten van de EEG. Zoals door dr. Pipkorn wordt uiteengezet (p. 13-48), draagt het Verdrag van Rome de EG-organen op om de nationale rechtssystemen te harmoniseren,

ten einde de lid-staten ook juridisch te integreren voor zover nodig voor de verwezenlijking van de gemeenschappelijke markt. Talrijke communautaire verordeningen, richtlijnen en verdragen hebben de wetgevingen van de lid-staten reeds nader tot elkaar gebracht. De eenmaking gaat evenwel niet uitsluitend uit van de communautaire instellingen. Experts van de lid-staten helpen vaak mee aan deze harmonisatie. De uniformisatie kan, zoals prof. U. Drobnig beschreef (p. 1-12), ofwel het materieel recht ofwel het I.P.R. betreffen. De eenmaking van materieel recht is meer doeltreffend dan de eenmaking van I.P.R. omdat eenvormig materieel recht onmiddellijk op het geschil kan worden toegepast en verwijzing naar een eventueel anders vreemd recht overbodig maakt. Wanneer eenmaking van materieel recht politiek onhaalbaar of praktisch ondoenbaar is, rest de eenmaking van I.P.R. als enige mogelijkheid voor een — meer beperkte — harmonisatie.

Het Brussels Verdrag van 1968 inzake rechtsbevoegdheid en executie van vonnissen is de meest bekende communautaire uniformisatie van I.P.R. Dit verdrag lost de bevoegdheidsconflicten die tussen de lid-staten bestaan, grotendeels op (prof. Pocar, p. 77-96). De hoofdregels van dit verdrag zoals het in zijn 1968-versie geldt tussen de Zes of zoals het in zijn 1978-versie zal gelden tussen de Negen, worden beschreven door de heer Droz (p. 49-76).

Het I.P.R. van de onrechtmatige daad wordt in de lid-staten uiteenlopend geregeld. Dit wordt geïllustreerd door de bespreking van het common law I.P.R. inzake «torts» door prof. Lipstein (p. 125-140). Derhalve zijn de communautaire werkzaamheden tot uniformisatie van het I.P.R. van de onrechtmatige daad belangrijk. Prof. Bourel brengt verslag uit over de stand dezer werkzaamheden (p. 97-123).

Het internationaal contractenrecht van de diverse rechtssystemen beschikt grotendeels over analoge verwijzingsregels, zoals prof. Morse aantoonde (p. 141-189). Niettemin biedt het nieuwe verdrag van 19 juni 1980 inzake het recht van toepassing op overeenkomsten nog meer uniformiteit in verwijzingsregels en hun toepassing (cf. Erauw in *R.W.*, 1979-80, 145). Dit verdrag en de rol welke de wilsautonomie er als verwijzingsregel in speelt, worden toegelicht door prof. Lando (p. 191-208).

De tekst van prof. Goldman over de «lex mercatoria» in internationale overeenkomsten en arbitrage (p. 209-240), die het I.P.R. zou sublimeren, is het orgelpunt, waarmee dit interessante overzicht eindigt.

H. van Houtte

F. RIGAUX en G. ZORBAS, *Les grands arrêts de la jurisprudence belge — Droit international privé*, Larcier, 1981, 540p., 3250fr.

Dit boek is zowel voor de praktijk als voor de theorie van het I.P.R. uitermate belangrijk.

In een eerste gedeelte analyseert prof. F. Rigaux de Belgische I.P.R.-jurisprudentie en belicht hij haar tegen de achtergrond van het gehele Belgische recht en van de internationale stromingen in het I.P.R.

Aanvankelijk (1830-1880) konden de rechtbanken hun rechtsvinding slechts gronden op volkenrechtelijke principes. Vanaf 1880, toen tevens het transnationaal rechtsverkeer intenser werd, werd evenwel een eigen I.P.R.-methode uitgewerkt. Deze methode tendeerde, in navolging van Mancini, naar de toepassing van de nationale wet — en dit vooral inzake staat en bekwaamheid. Vanaf 1945 is de I.P.R.-methodologie verfijnd en uitgebreid: nieuwe aanknopingsfactoren (bijv. verblijfplaats) maken opgang; de rechter houdt niet alleen rekening met abstracte aanknopingsfactoren, doch ook met het «belang» van het kind, anderzijds wordt evenwel ook de toepassing van eigen dwingende regels vaker geponeerd; een grotere openheid t.o.v. buitenlandse rechtsfiguren en -toestanden ontstaat.

De Belgische rechtsleer heeft met een zekere virtuositeit de opeenvolgende heersende tendensen uitgewerkt. Rond 1880

schreef Laurent een *Summa van Manciniaans I.P.R.-rechtsdenken*: zijn achtdeelige «*Droit civil international*». De huidige zegn. «tweede school» (vanaf 1945) poogt het huidige internationale I.P.R.-gedachtengoed even goed tot een synthese te verwerken en bouwt aldus aan een nieuw I.P.R.

De huidige I.P.R.-rechter heeft evenwel geen gemakkelijke taak. Hij moet ervoor waken dat zijn uitspraak harmonisch kadert in het transnationaal rechtsverkeer en niet afgewezen wordt in het buitenland. De Belgische I.P.R.-rechtspraak wordt ontgensprekelijk geïnspireerd door de bedoeling internationale en universele oplossingen te vinden. De rechter beschikt hiervoor evenwel zelden over moderne of coherente wetteksten. De oplossingen, die hij dan noodgedwongen zelf moet vinden, worden echter niet altijd correct gemotiveerd. Vaak stralen zij een formeel legalisme uit.

Al bij al is voor prof. Rigaux de balans van 150 jaren Belgische I.P.R.-rechtspraak positief.

In het tweede gedeelte bespreekt G. Zorbas, medewerker van prof. Rigaux, 52 belangrijke Belgische I.P.R.-arresten. Op het eerste gezicht combineert dit tweede gedeelte een Angelsaksische eerbied voor precedents met een Franse veneratie voor de «*Grands arrêts*». In feite justifieert de jurisprudentiële opbouw van het I.P.R. op zichzelf reeds de analyse van een vijftigtal arresten van de hoogste rechtscollages. Deze arresten hebben immers het Belgische I.P.R. in een 150 jaar uitgebouwd. De kritische toelichtingen van G. Zorbas brengen ze evenwel tot hun ware proporties, waarbij niet alle arresten even orthodox of innovatief blijken.

Wellicht kan betreurd worden dat alleen arresten van Hof van Cassatie en Raad van State opgenomen werden. Belangrijke innovaties worden immers meestal door lagere instanties geïntroduceerd. Vaak duurt het decennia vooraleer de hoogste rechtbank zich over deze vernieuwingen kan uitspreken. Bovendien wijst het Hof van Cassatie soms jurisprudentiële pogingen tot vernieuwing en adaptatie of wanneer ze niet stroken met de (verouderde) wettekst. Aldus weerspiegelen de in het bundel opgenomen arresten niet al wat in het I.P.R. leeft. Anderzijds bestrijken deze arresten echter alle grote probleemgebieden van het I.P.R.: nationaliteitsconflicten, vreemdelingenstatuut, wetsconflicten, internationale rechterlijke bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen. Daarenboven plaatst de voortreffelijke en soms persoonlijke commentaar van G. Zorbas deze arresten in hun bredere context, zodat de lezer meteen een overzicht heeft van de betrokken materie en van de meer gevarieerde opvattingen van de lagere rechtbanken. Een uitvoerige bibliografie bij elk arrest maakt persoonlijke uitdieping gemakkelijk. Als illustratie voor de degelijkheid van de besprekingen: het laatst vermelde arrest, nl. Cass. 10 april 1980, dat de nationale wet van de echtgenoten van toepassing verklaart op het huwelijksgoederenstatuut. Na drie pagina's tekst van dit cassatiearrest en één bladzijde bibliografie (met een vijftigtal verwijzingen) volgen acht pagina's commentaar over het I.P.R. inzake huwelijksgoederenrecht, waarin o.m. een vijftigtal verwijzingen naar de rechtspraak. Deze gegevens maken het de lezer mogelijk een verfijnd inzicht te verwerven inzake de aanknopingsfactor voor huwelijksgoederenrecht.

Samen met de «*Droit international privé*» van Rigaux vormt dit boek de basisdocumentatie voor wie zich aan Belgisch I.P.R. interesseert.

H. van Houtte

A. VAN DE VELDEN en H. SCHAMP, *Arbeidsongevallen Privé-sector*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1981, 372 blz.

De jongste arbeidsongevallenwet heeft al een decennium achter de rug, en een blik op de jaarlijks gepubliceerde jurisprudentie,

noten en artikelen lijkt uit te wijzen dat er geen einde komt aan de juridische problematiek die uit de toepassing van de wet voortvloeit, zelfs met betrekking tot fundamentele begrippen, zoals de notie arbeidsongeval.

Een goed idee dus van de auteurs om thans een handboek uit te geven waarin de hele materie aan de hand van een omvangrijke rechtspraak en rechtsleer opnieuw wordt geanalyseerd. Zij doen dat trefzeker, met veel kennis en inzicht, compact maar zonder hiaten. De vele referenties naar rechterlijke beslissingen alsmede de bibliografische aanwijzingen die aansluiten op elk behandeld onderwerp, vormen een goede documentatie. Modellen van berekeningswijzen, modellen voor de rechtspraak en een gestofteerd register van trefwoorden maken het boek bijzonder handzaam. Een uitstekende gids dus voor de praktijkjurist. Spijtig dat de traditionele taalslordigheid niet ontbreken (*fysische arbeidsongeschiktheid, voorbereidende werken, het tussen te komen vonnis, de rechtbank verzendt de zaak, verhaal bij de rechter, enz.*).

R.

MEDEDELINGEN

Opsporing van bedrijven in moeilijkheden

Op 13 juni 1981 werd te Leuven een congres gehouden van de Unie van de Consulaire Rechters van België. In zijn welkomstwoord wees de heer F.A. Wilms, voorzitter in handelszaken bij de Rechtbank van Koophandel te Leuven, op het volgende:

«Na de woelige jaren zestig is de magistratuur het willens nillens gewend geraakt dat de publieke opinie via de massamedia kritiek uitoefent op de wijze waarop de Rechterlijke Macht haar opdrachten uitvoert. Een hoofdartikel dat onlangs in een bekend financieel-economisch magazine werd gepubliceerd, toont aan dat de publieke opinie zich thans ook meer en meer op een kritische wijze opstelt tegenover de economische magistratuur.

De geuite beschuldigingen zijn niet mals. De voornaamste verwijten kunnen als volgt worden geresumeerd:

- nalatigheden van de consulaire rechters zouden schering en inslag vormen;
- al te vaak zouden ook gezonde ondernemingen onder het hakbijl vallen van de «depistage»-kamers;
- en ten slotte wordt zelfs geïnsinueerd dat faillissementen soms doelbewust uitgelokt worden, om bevriende curatoren werk te bezorgen of kennissen de unieke kans te bieden op de aanschaf van goedkoop tweedehandsmateriaal.

Het algemeen rechtsbeginsel indachtig dat niemand als rechter mag optreden in een zaak waarin hijzelf is betrokken, denk ik niet dat het passend is vandaag de vraag te stellen in hoeverre deze kritiek al dan niet gerechtvaardigd is. Kritiek moet trouwens niet altijd op een louter negatieve wijze uitgelegd worden. Hoge bomen vangen nu eenmaal veel wind. Misschien kunnen de vermelde kritische uitlatingen dan ook bemoedigend genoemd worden, omdat zij de belangrijke rol in het licht stellen die de consulaire rechters in het financieel-economische leven vervullen. Dat hierbij wordt voorbijgegaan aan de uiterst moeilijke omstandigheden waarin de economische magistratuur haar wettelijke opdracht moet uitvoeren, kan alleen maar betreurd worden.

De spil van de activiteiten der consulaire rechters is de jongste jaren, onder invloed van de economische omstandigheden, verlegd naar de zgn. «depistagekamers», dit zijn de onderzoeksdiensten die in de schoot van de meeste rechtbanken van koophandel zijn georganiseerd om de rechtbank voor te lichten omtrent de leefbaarheid van ondernemingen in moeilijkheden.

Men biedt ongetwijfeld een verkeerd beeld van de werkelijkheid als men het zo voorstelt dat deze depistagekamers als instrument moeten dienen om het uitlokken van faillissementen te

vergemakkelijken. De gedachte die integendeel aan de oprichting van deze diensten ten grondslag ligt, is immers net de bekomenis om de rechtbank van koophandel de gelegenheid te bieden ook een preventieve rol in het faillissementsgebeuren te vervullen.

De teloorgang van een onderneming heeft immers verstrekende nadelige sociaal-economische gevolgen, die zich niet alleen doen voelen bij de ondernemer zelf of bij de geldbeleggers en kredietverschaffers, doch zich eveneens uitstrekken tot de werknemers en het economische leven van de regio en het land in het algemeen. Het belang van de depistagekamers kan dus niet voldoende onderstreept worden.

Als men bedenkt dat deze diensten geen enkele wettelijke basis bezitten, doch hun ontstaan enkel te danken hebben aan het eigen initiatief van de rechtbanken van koophandel, moet toegegeven worden dat de economische magistratuur in dit land bezwaarlijk een gebrek aan sociaal-economische verantwoordelijkheid kan verweten worden.

Er is zelfs meer. Ik meen namelijk dat ik de waarheid geen geweld aandoe door op te merken dat bij economische magistratuur een zekere frustratie bestaat met betrekking tot de geringe mogelijkheden waarover zij beschikt om daadwerkelijk preventief op te treden ter voorkoming van faillissementen.

De opdracht waarmee de depistagekamers zich hebben belast, is immers, noodgedwongen, beperkt. Het enige voorwerp van onderzoek bestaat erin of de onderneming wel degelijk in moeilijkheden verkeert, en, indien het antwoord op deze vraag bevestigend luidt, of enig krediet kan worden verleend aan de voorsteller die de betrokken onderneming uit eigen initiatief formuleert om aan deze moeilijkheden tegemoet te komen.

De depistagekamer vervult dus een louter passieve functie. Zij is er niet toe gemachtigd om samen met de woordvoerder van de onderneming de middelen te onderzoeken die zouden kunnen leiden tot een sanering of zelfs maar suggesties in die zin te formuleren. In het raam van de huidige wettelijke constellatie zou zij aldus immers haar bevoegdheden te buiten gaan.

Misschien is de tijd rijp om een wettelijke regeling uit te werken waarbij de rechtbank van koophandel de bevoegdheid verleend wordt op een meer positieve wijze in te grijpen en tijdelijke maatregelen uit te werken die ondernemingen in staat moeten stellen om een faillissement te ontlopen. Uiteraard moeten hierbij de nodige waarborgen en rechtsmiddelen worden ingebouwd om de beleggers, de kredietverschaffers, de andere schuldeisers, de werknemers, en last but not least, de betrokkenen zelf, te beschermen.

Een en ander veronderstelt echter de uitbouw van een full-time economische magistratuur.»

Courtagegebruiken inzake landverzekeringen

De redactie ontving van de Federatie der producenten in assurances van België (Fepabel) de volgende tekst:

De diensten van onze Vereniging worden regelmatig geraadpleegd door leden, verzekeringsmaatschappijen en advocaten, in verband met de toepassingsregels die gelden voor de oplossing van een probleem voortkomend uit de handelsbetrekkingen tussen een makelaar en een verzekeraar. Deze problemen hebben betrekking op de rechten en plichten van de makelaars en van de verzekeraars ter gelegenheid van de aanbidding van een risico, het opstellen van een contract en tijdens de duurtijd ervan.

De hiernavolgende tekst is niet het resultaat van de uitwerking, maar de vaststelling van deze regels die sinds tientallen jaren door de belanghebbende partijen worden toegepast alsook door de rechtbanken en door de rechtsleer worden bevestigd.

Deze «Vaststelling» bestaat in Frankrijk sinds 1937. Haar verdiensten werden gewaardeerd zowel tijdens de onderhandelingen als bij de verdere afhandeling.

Aangezien deze gebruiken inhoudelijk overeenstemmen met die welke in België zijn ontstaan, hebben de opstellers van Fepabel hier ruime inspiratie gevonden.

Een betere formulering van bepaalde gebruiken, of het aanbrengen van schakeringen die aangepast zijn aan hetgeen zich in ons land voordoet, zijn de enige nieuwigheden die eraan zijn toegevoegd.

De tekst, die het akkoord kreeg van de «Unie van Makelaars in Verzekeringen», luidt als volgt:

1) Wanneer een maatschappij een voorstel voor een nieuwe zaak wordt aangeboden door een makelaar die in het bezit is van een geschreven opdracht vanwege de verzekerde, dan mag zij slechts de voorstellen voor dezelfde verzekering aangeboden door een andere aanbrenner aanvaarden, wanneer deze laatste eveneens een geschreven opdracht van de verzekerde bezit.

Zijn er verscheidene aanbrenners, makelaars of agenten, dan behandelt de maatschappij ze op volledig gelijke voet en mag ze geen van hen voordeliger voorwaarden verlenen.

2) Een maatschappij mag steeds weigeren met een makelaar te onderhandelen wegens de aard van de zaak die deze voorstelt, doch niet wegens zijn persoon, tenzij ze geen enkel lopend contract heeft door zijn bemiddeling.

Wanneer een maatschappij, na er kennis van genomen te hebben, een voorstel weigert dat haar door een makelaar aangeboden werd, mag ze hetzelfde voorstel niet aannemen van een andere aanbrenner. Ze mag de verzekering van dezelfde risico's slechts aanvaarden van een andere aanbrenner, wanneer de voorwaarden van het voorstel van deze andere aanbrenner, wat betreft tarifiering, de natuur van de risico's of de aard van de waarborgen, voldoende verschillend zijn zodat kan aangenomen worden dat het niet om hetzelfde voorstel gaat.

3) De makelaar die een polis aanbrengt heeft recht op het commissieloon, niet alleen op de aanvankelijke premie, maar tevens op alle premies die voortvloeien uit de clausules van deze polis.

Het recht op commissieloon blijft even lang bestaan als de verzekering zelf, onder meer wanneer de polis stilzwijgend of uitdrukkelijk voortgezet wordt of wanneer ze hernieuwd of rechtstreeks door de verzekerde bij de maatschappij vervangen wordt.

Wanneer de vervanging toegekend wordt aan een nieuwe makelaar die door de verzekerde in het bezit gesteld is van een exclusieve opdracht tot vervanging samen met een regelmatige opzegging van de polis voor haar vervaldag of voor de vervaldag waarop ze kan opgezegd worden, dan heeft de makelaar die de polis tot stand bracht, het recht op het commissieloon op de door hem aangebrachte premies tot op het ogenblik dat de polis behoorlijk opgezegd wordt.

Wanneer de vervanging toegekend wordt aan een nieuwe makelaar die in het bezit is van een opdracht tot vervanging van producent, maar niet van een regelmatige opzegging van de te vervangen polis, dan behoudt de makelaar die de polis tot stand bracht zijn recht op commissieloon op alle premies van het nieuwe contract, tot beloop van het bedrag van diegene die hij heeft aangebracht.

4) Tijdens de duur van een polis, aangebracht door een makelaar, mag de maatschappij, noch zelf, noch door toedoen van haar aangestelden, inspecteurs of agenten, de verzekerde aanzoeken met het oog op de wijziging, vervanging of hernieuwing van de polis.

Zo de verzekeraar door de verzekerde zelf aangezocht wordt het contract te wijzigen, mag hij dat enkel doen mits hij de makelaar hiervan verwittigt.

5) De maatschappij moet, tijdens de duur van de verzekering of op het ogenblik van de hernieuwing van de polis, de polis of haar bijvoegsels mededelen aan de makelaar die ze tot stand bracht of aan de makelaar die in het bezit is van een geschreven toelating van de verzekerde, maar mag ze niet mededelen aan anderen.

6) De maatschappij die in de loop van het contract gevraagd wordt het premiepercentage te verlagen moet, vooraleer daaraan gevolg te geven, de makelaar die het contract tot stand bracht, hiervan op de hoogte brengen.

Wanneer een makelaar een maatschappij het voordeel verschaft heeft van een polis voor verscheidene achtereenvolgende jaren, dan mag de maatschappij steeds, in de loop van het con-

tract en buiten de door de algemene voorwaarden voorziene gevallen, uit eigen beweging haar deelname in deze verzekering verminderen, zo de verzekerde erin toestemt; maar zij moet de makelaar de commissielonen blijven uitkeren op het totaal bedrag van de premies die deze heeft aangebracht, tenzij de maatschappij bewijst dat deze makelaar het gedeelte van de risico's waarvan ze zich ontlast heeft, door een andere verzekeraar heeft laten dekken.

7) De maatschappij mag aanvaarden een lopende polis te vervangen, uitsluitend op aanvraag van de verzekerde of op voorstel van een makelaar die in het bezit is van een exclusieve opdracht die hem daartoe de bevoegdheid geeft. Wanneer de opdracht tot vervanging een opzegging inhoudt van de polis op zijn vervaldag, dan verwittigt de maatschappij de makelaar die de polis tot stand bracht onmiddellijk, en in elk geval vóór de afgifte van de nieuwe polis.

8) In alle gevallen waarin de polis opgezegd wordt door de verzekerde of door de maatschappij voor haar volgende vervaldag, verwittigt de maatschappij onverwijld de makelaar die de polis tot stand bracht.

Herziening strafrecht voor jeugdigen in Nederland

In 1979 is in Nederland een Commissie herziening strafrecht voor jeugdigen ingesteld.

De commissie — voorzitter is mr. E.J. Anneveldt, president van de Arrondissementsrechtbank in Assen — moet zich buigen over onder meer de bepalingen van het kinderstrafrecht en -strafprocesrecht en wetswijziging voorbereiden, met name met het oog op vereenvoudiging van de voorschriften en modernisering van de straffen en maatregelen die vrijheidsbeneming mee-brengen.

Bovendien is aan de commissie gevraagd of er behoefte bestaat aan bijzondere bepalingen voor jeugdige volwassenen. Deze laatste opdracht houdt mede verband met de gevolgen van de voorgenomen verlaging van de leeftijd van meerderjarigheid tot 18 jaar, waardoor een aantal mogelijkheden van behandeling in het kinderstrafrecht komen te vervallen.

Blijkens een zo pas aan de minister van Justitie uitgebracht interimrapport bepleit de commissie experimenten met de toepassing van alternatieve sancties voor jeugdigen.

In 1979 heeft de Commissie alternatieve strafrechtelijke sancties (commissie-Van Andel) in het interim-rapport «Dienstverlening» aanbevolen om gedurende enige tijd te experimenteren met enkele modellen van dienstverlening. Die experimenten zijn, na enige voorbereiding, in februari 1981 in verschillende arrondissementen van start gegaan. De commissie-Van Andel zal zich, aan de hand van de resultaten, te zijner tijd beraden over voorstellen tot wetswijziging.

De commissie-Anneveldt heeft de beschouwingen van de commissie-Van Andel ook van waarde geacht voor het strafrechtelijk gebeuren rond jeugdigen. Verder lagen er studies, die waren verricht door enkele raden voor de kinderscherming en door de afdeling familie- en jeugdrechtspraak van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak. En tenslotte heeft de commissie per enquête bij de rechterlijke macht de behoefte aan alternatieve strafrechtelijke mogelijkheden en de op dit gebied al hier en daar gehanteerde praktijk gepeild.

De commissie meent dat alternatieve sancties voor jeugdigen zin hebben, niet alleen tot terugdringing van de vrijheidsstraf, maar ook ter vervanging van geldboeten. De sanctie zou kunnen worden toegepast in het kader van voorwaardelijk sepot, uitstel van vervolging of uitstel van het vonnis.

Het opvoedkundig karakter van het alternatief moet voorop staan. Behalve dienstverlening, dat is het verrichten van werkzaamheden, komt vooral in aanmerking het volgen van scholings- en trainingscursussen, waarbij de nadruk wordt gelegd op het vergroten van de individuele sociale vaardigheid en weerbaarheid van jeugdigen. De storting van een geldsom in een schadefonds als alternatief wijst de commissie voorshands af.

Evenals de commissie-Van Andel wil de commissie-Anneveldt

aan de hand van de uitkomst van experimenten oordelen over de praktische voordelen van de nieuwe sanctie en de eventuele nadelen en organisatorische problemen. Dit kan leiden tot voorstellen van wetswijziging.

Voor de experimenten zal een aparte werkgroep moeten worden gevormd, terwijl deze wetenschappelijk dienen te worden begeleid.

In beginsel zal elke strafrechtelijk minderjarige (12-18 jaar) voor de alternatieve sanctie in aanmerking moeten kunnen komen. Er zal nog nader overleg met het Ministerie van Sociale Zaken nodig zijn over vraagstukken, die samenhangen met de toepassing van de Arbeidswet 1919.

Voor de toepassing van alternatieve sancties voor strafrechtelijk minderjarigen is volgens de commissie vrijwilligheid een eerste voorwaarde: de jeugdige en zijn wettelijke vertegenwoordiger moeten ermee instemmen. Verder behoeft de uitvoering begeleiding door personen uit de kring van de kinderbescherming of andere sectoren van de maatschappij. Het initiatief tot toepassing van een alternatieve sanctie moet uitgaan van hulpverleners of van de advocaat, zonder dat de officier van justitie of de rechter verplicht is zo'n voorstel te aanvaarden.

Het uitvoeren van werkzaamheden als alternatief moet als maatschappelijk zinvol worden ervaren en zo mogelijk in enig verband staan met het gepleegde delict of het belang dat is geschaad. De projecten mogen niet bestaan uit werkzaamheden, die anders betaald of bedrijfsmatig zouden worden verricht.

Het is de bedoeling dat de sanctie in vrije tijd wordt verricht en binnen een periode van zes maanden wordt afgewerkt. De commissie denkt aan een minimale duur van vier uur en een maximale van 150 uur.

BERICHTEN

Studiedag na de Belgische en Nederlandse Vereniging voor Agrarisch Recht op vrijdag 23 oktober 1981

De Belgische en Nederlandse Vereniging voor Agrarisch Recht organiseren op vrijdag 23 oktober 1981 een gemeenschappelijke studiedag gewijd aan de juridische aspecten van de bedrijfsopvolging in de landbouw.

Preadvisers zijn de heer R. Gotzen, secretaris bij het hoofdbestuur van de Belgische Boerenbond, en prof. mr. M.J.A. van Mourik.

De studiedag vindt plaats in de priorij van Corsendonk te Oud-Turnhout (bij Turnhout) en vangt aan om 9.45 u. Voorafgaande inschrijving bij de heer M. Heyerick, secretaris Belgische Vereniging voor Agrarisch Recht, Guldenvlieslaan, 72, 1060 Brussel — tel. 02/538.81.60.

Nederlandse Vereniging voor Procesrecht — Geschillen in Belastingzaken. Een Studiedag.

De Nederlandse Vereniging voor Procesrecht organiseert in het kader van haar najaarsvergadering 1981 op *vrijdag 6 november a.s. vanaf 10.00 uur* te Utrecht in het Jaarbeurscongrescentrum een dagvullende bijeenkomst over het onderwerp: "Geschillen in Belastingzaken. Een Studiedag."

Als inleiders zullen optreden:

- Prof. mr. Ch.P.A. Geppaart, hoogleraar belastingrecht te Tilburg
- Dr. M.R. Reuvers, directeur der Rijksbelastingen te Amsterdam
- Mr. L. Wolfsbergen, belastingadviseur, lid van de maatschap Begeyn & Sneep te Amsterdam
- Prof. Mr. J.W. Zwemmer, hoogleraar belastingrecht Universiteit van Amsterdam

Na de inleidingen zal 's middags een forum-discussie worden gehouden onder voorzitterschap van prof. mr. F.H.M. Grap-perhaus (oud-Staatssecretaris van Financiën, buitengewoon hoogleraar belastingrecht RU Leiden).

Belangstellenden voor deze studiedag kunnen zich inschrijven bij de secretaris, mr. B.J. van Heyst, Emmalaan 23, Utrecht, 2581 HN, tel. 030-521.434; telex 70136.

De verzekering van de rechtsbijstand

De Vereniging van Verzekeringsjuristen te Antwerpen organiseert op donderdag 1 oktober 1981 te 18.30 u in de kantoren van de A.B.B., Lange Nieuwstraat 32, een avond over: de Rechtsbijstand en de verzekering ervan.

De gastspreker is de heer J.H.M. Brenninkmeyer, directeur bij de N.V. Interpolis te Tilburg.

Inschrijving bij Mevr. L. Verlinde, tel. 031/39 58 70 (post 166)

TIJDSCHRIFTEN

Tijdschrift voor Agrarisch Recht, 1981, nr. 1

G. Moyaerts, Le remembrement de l'aménagement de l'espace rural; L. Weyts, De landbouwvennootschap t.a.v. het familiaal vermogensrecht en het erfrecht; M. Heyerick, Overzicht van de agrarische wetgeving 1980.

Vlaams tijdschrift voor gezondheidsrecht, juli 1981

P. Desle, Het cultureel statuut van de Brusselse Ziekenhuizen; H. Nys, Voorgenomen ontwikkelingen in de nationale gezondheidswetgeving gedurende 1981; H. Nys en R.-M. T'Jonck, Kroniek van het gezondheidsrecht; H. Nys, «Prejudiciële vragen» aan de raden van de orde der geneesheren (noot bij Hof Antwerpen, 3 april 1981).

Annales de droit de Louvain, 1981

nr. 1: Th. Bourgoignie en F. Dumont-Naert, *Clauses abusives et protection du consommateur*; C.-E. Lagasse, *Valeurs et efficacité juridiques de la norme de planification en Belgique*; *Chronique bibliographique trimestrielle*.

Belgische Rechtspraak in Handelszaken, 1981

nr. 6: R. Parijs en Chr. Van Buggenhout, Over de verkoop van onroerende goederen toebehorende aan de gefailleerde.

Europees Vervoerrecht, 1981

nr. 1: P.S. Du Pont, *Ethics of international trade*; B. Mercadal, *Les ventes FOB et CAF en France et dans les pays de droit latin*; J. Lebuhn, *Practising CIF and FOB to day*; D.M. Sassoon, *Application of FOB and CIF sales in Common Law Countries*; F. Eisemann, *Les Incoterms «franco transporteur... (point désigné)» et «fret au port payé jusqu'à ... (point de destination convenue)»*; J. Bolland, *Les règlements sans réserves en matières de crédits documentaires*; M.J. Shah, *International conventions applicable to FOB and CIF sale and to multimodal transport of goods sales*; Ch. Bontoux, *L'évolution du crédit documentaire*; B.S. Weble, *The documentary credit in relation to traditional and multimodal sales*; J.P. Sortais, *Les limites au formalisme en matière de crédit documentaire*; A. Tunc, *Réflexions générales sur la vente internationale et crédits documentaires*.

Journal des tribunaux, 1981

nr. 5175: J. Sace, *Réflexions sur une réforme de l'article 909 du Code civil*.

Journal des tribunaux du travail, 1981

nr. 226: N. Beaufils, *Contrat de travail - mandat social*.