

NAAR EEN JURIDISCHE ERKENNING VAN CO-ouderschap?

K.U. LEUVEN
Rechtsbibliotheek
71, Kerkstraat 47
3000 LEUVEN

I. Inleiding. Begripsomschrijving

1. «Co-ouderschap» is een vage term die zeer verschillende ladingen dekt.

In verband met de uitoefening van het ouderlijk gezag, het bestuur over de persoon en de goederen van het kind, zijn theoretisch een achttal situaties en regelingen denkbaar¹.

A. De ouders leven samen

1) Ouders en kind verblijven samen en beide ouders nemen samen alle beslissingen i.v.m. onderhoud en opvoeding van het kind² (variant: de ouders nemen samen de belangrijke beslissingen, maar kunnen de dagelijkse handelingen ieder afzonderlijk verrichten).

2) Ouders en kind verblijven samen en iedere ouder kan afzonderlijk alle beslissingen i.v.m. onderhoud en opvoeding van het kind nemen (variant: bepaalde belangrijke beslissingen moeten de ouders samen nemen).

3) De ouders leven samen, maar het kind verblijft bij een derde³, die dan niet belast is met het bestuur over persoon en goederen van het kind⁴ en hoogstens dagelijkse handelingen kan verrichten⁵.

B. De ouders leven niet samen

4) Het kind verblijft bij een van beide ouders, die alleen de beslissingen i.v.m. onderhoud en opvoeding van het kind neemt; de andere ouder heeft hoogstens een bezoeksrecht en een recht van toezicht in de vorm van een recht van beroep tegen de beslissingen door de eerste genomen of te nemen.

5) Het kind verblijft bij een van beide ouders, maar de belangrijke beslissingen i.v.m. onderhoud en opvoeding van het kind moeten door de ouders gezamenlijk genomen worden⁶.

6) Het kind verblijft afwisselend bij ieder van beide ouders: gedurende de periode (1 week, 1 maand, 1 jaar...) dat het kind bij hem verblijft⁷, neemt elke ouder alle beslissingen in verband met onderhoud en opvoeding⁸.

7) Het kind verblijft afwisselend bij ieder van beide ouders, maar de belangrijke beslissingen moeten door de ouders gezamenlijk genomen worden.

8) De ouders leven gescheiden en het kind verblijft bij een derde, die de dagelijkse handelingen verricht⁹.

2. In de gevallen 5, 6 en 7 is er sprake van co-ouderschap van niet samenlevende — gehuwde, ongehuwde of uit de echt gescheiden — ouders.

In rechtspraak en rechtsleer wordt overwegend een onderscheid gemaakt tussen:

— *gezamenlijke hoede* (garde conjointe), of beter, gezamenlijk bestuur over de persoon en goederen van het kind;

— *afwisselende*¹⁰ *hoede* (garde alternée) of, beter, afwisselend bestuur over de persoon en goederen van het kind.

Het 7e geval wordt dikwijls als «afwisselende hoede» gekwalificeerd, terwijl het eigenlijk een geval van gezamenlijk bestuur over de persoon en goederen van het kind betreft, met alleen afwisselend verblijf van het kind bij ieder van beide ouders¹¹.

Het aloude onderscheid tussen recht van bewaring en materiële bewaring duikt hier op¹².

De moeilijkheid ligt hierin, dat die materiële bewaring in feite toch ook een onderdeel van het bestuur over persoon en goederen is, al was het maar omdat degene bij wie het kind verblijft de dagelijkse handelingen verricht en zelfs soms verplicht is bepaalde dringende beslissingen alleen te nemen.

II. Co-ouderschap en het huidige Belgisch recht

A. Wetgeving

3. De volgende wetsbepalingen hebben betrekking op de uitoefening van het ouderlijk gezag¹³, zo beide ouders leven en de afstamming t.a.v. beiden vaststaat.

Het basisartikel is art. 373 B.W.: «Behoudens de uitzonderingen bij de wet bepaald, wordt het gezag over de persoon van het minderjarig niet-ontvoegd kind door één van de ouders uitgeoefend, onverminderd het recht van de andere om zich enkel in het belang van het kind, tot de jeugdrechtsbank te wenden»¹⁴. De regel is dus die van het

¹ We beperken ons tot het geval dat beide ouders leven.

² Ingeval zij niet tot een akkoord komen beslist de rechter (vroeger: de man).

³ Zonder dat er sprake is van bijzondere juridische maatregelen of instellingen als ontzetting uit het ouderlijk gezag, verlatenverklaring van minderjarigen, adoptie of pleegvoogdij...

⁴ Cass., 29 april 1979, *R.W.*, 1979-80, 776, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 153.

⁵ Vgl. art. 373-4 Franse C. civ., zoals gewijzigd door de wet van 22 juli 1987.

⁶ Zie Kort ged. Luik, 23 december 1986, «Les inédits», *Jur. L.M.B.*, 1987, 502. Twee varianten zijn mogelijk ingeval de ouders niet tot een akkoord komen: a. de ouder bij wie het kind verblijft beslist; b. de rechter beslist.

⁷ Tijdens die periode kan eventueel een bezoeksrecht van de andere ouder ingericht worden.

⁸ Eventueel met recht van beroep van de andere ouder.

⁹ Twee varianten zijn mogelijk: beide ouders behouden het bestuur over persoon en goederen of één ouder behoudt het bestuur over persoon en goederen.

¹⁰ Of «beurtelingse».

¹¹ Vgl. het verblijf van het kind bij een derde.

¹² Zie PAUWELS, J., «Recht van bewaring en materiële bewaring», *R.W.*, 1982-83, 481.

¹³ Het kind *blijft* in ieder geval onder het ouderlijk gezag van ieder van beide ouders — voor zover zij beiden leven en niet uit het ouderlijk gezag ontzet zijn — tot aan zijn meerderjarigheid of ontvoeging (art. 372 B.W.).

¹⁴ Artikel 376 B.W. bevat een vrijwel identieke bepaling wat het beheer van de goederen betreft; er staat zelfs duidelijker: de vader of de moeder beheert...

concurrentieel bestuur van de ouders over de persoon en goederen van het kind: iedere ouder kan afzonderlijk beslissingen nemen die ook de andere binden¹⁵.

Het basisartikel speelt in alle gevallen waarin de ouders, gehuwd of ongehuwd, samenleven.

4. Wanneer de ouders niet samenleven gelden andere regels:

a) De ouders, gehuwd of ongehuwd, leven niet samen, maar zijn niet uit de echt gescheiden of in een echtscheidingsprocedure gewikkeld:

«Wanneer de ouders niet samenleven, is *alleen* de ouder die de *materiële bewaring* over het kind heeft, gerechtigd om het gezag uit te oefenen, behoudens de uitzonderingen bij de wet bepaald¹⁶ en onverminderd het recht van de andere om zich, enkel in het belang van het kind, tot de jeugdrechtsbank te wenden» (art. 374 B.W.)¹⁷.

De regel blijkt hier dus die te zijn van het alleenbestuur van de ouder die de materiële bewaring over het kind heeft. De tekst van de wet sluit niet uit dat de materiële bewaring afwisselend naar de ene en de andere ouder gaat, maar houdt wel in dat degene die de materiële bewaring heeft, *alleen* beslist¹⁸. De andere ouder kan niet meebeslissen, maar kan zich tot de jeugdrechtsbank wenden in het belang van het kind. De beslissingsmogelijkheden van de jeugdrechtsbank worden niet beperkt, zij kan beslissen dat de andere ouder de materiële bewaring en bestuur over persoon en goederen van het kind krijgt. Zij kan o.i. ook beslissen dat de ouders voortaan samen (belangrijke) beslissingen moeten nemen. En als de rechter dat kan, kunnen dan ook de ouders, bij overeenkomst, steeds met het oog op het belang van het kind, geen van artikel 374 B.W. afwijkende regeling uitwerken¹⁹?

5.b) De ouders voeren een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten of feitelijke scheiding²⁰.

«Het *voorlopig bestuur* over de persoon en de goederen van de kinderen blijft bij beide ouders of bij één van hen, zoals bepaald is in de artikelen 374 en 377 B.W.,

1) tenzij de partijen een andere regeling hebben getroffen in een overeenkomst die behoorlijk werd bekrachtigd (door de voorzitter zoals in artikel 1258 Ger. W. be-

paald²¹);

2) een en ander onder voorbehoud van de beslissingen die in het belang van de kinderen door de voorzitter, rechtsprekend in kort geding²², (op verzoek hetzij van de partijen of van een ervan, hetzij van de procureur des Konings) mochten worden gewezen» (art. 1279 Ger. W.).

De regels geldend voor niet samenlevende gehuwde of ongehuwde ouders gelden dus ook tijdens de echtscheidingsprocedure, maar zowel de echtgenoten, bij overeenkomst²³, als de rechter, zelfs op gezamenlijk verzoek van de echtgenoten, kunnen een andere regeling treffen.

6.c) Vóór de aanvang van de echtscheidingsprocedure²⁴ door onderlinge toestemming zijn de echtgenoten ertoe gehouden bij geschrift hun overeenkomst vast te leggen omtrent «het bestuur over de persoon en over de goederen van de kinderen en het recht van bezoek..., zowel gedurende de proeftijd als na de echtscheiding» (art. 1288, 2°, Ger. W.). Deze regel is een formele regel, waarop de echtscheidingsrechter geen inhoudelijke controle heeft; aangenomen mag worden dat, zo iedere echtgenoot afwisselend de materiële bewaring over de persoon van het kind krijgt, een expliciete regeling van het bezoekrecht (dat materiële bewaring inhoudt) niet vereist is.

7.d) Na echtscheiding op grond van bepaalde feiten of feitelijke scheiding blijft het bestuur over persoon en goederen van de kinderen bij *diegene* aan wie het voorlopig is toevertrouwd bij behoorlijk bekrachtigde overeenkomst tussen partijen of bij beschikking van de voorzitter in kort geding (art. 302, 1e lid, B.W.). Bij gebreke van zodanige overeenkomst of beschikking, komt het bestuur toe aan

— de echtgenoot die de echtscheiding op grond van bepaalde feiten verkregen heeft;

— *de echtgenoot*²⁵ door de rechter, zelfs ambtshalve, aangewezen bij echtscheiding op grond van feitelijke scheiding (art. 302, 2e lid, B.W.)²⁶.

De jeugdrechtsbank kan evenwel in alle gevallen in het belang van de kinderen *anders* beslissen, hetzij op verzoek van de partijen of van één ervan, hetzij van de procureur des Konings (art. 302, 3e lid, B.W.).

Vindt het 2e lid van art. 302 B.W. toepassing, dan lijkt een gezamenlijk of afwisselend bestuur na echtscheiding uitgesloten. Het 3e lid belet de jeugdrechter echter niet dergelijk bestuur in te richten.

En dat de jeugdrechtsbank ook na echtscheiding door onderlinge toestemming «anders» kan beslissen en de voorafgaande overeenkomst kan wijzigen, wordt niet meer betwist sinds het cassatiearrest van 13 september 1985²⁷.

¹⁵ Behoudens uitzonderingen: wat de persoon betreft, bv. toestemming tot huwelijk of adoptie van de minderjarige; wat de daden van beschikking i.v.m. de goederen betreft, zie art. 378 B.W.: één ouder kan het verzoekschrift tot het verkrijgen van machtiging van de rechtbank indienen, maar de andere wordt gehoord, althans opgeroepen.

¹⁶ Zie noot 3.

¹⁷ Vgl. art. 377 B.W. i.v.m. het beheer van de goederen, waar het beroep geschiedt «onverminderd reeds verrichte handelingen».

¹⁸ Althans volgens onze interpretatie van de wet. Zie i.v.m. de betwisting in de rechtsleer daaromtrent verder, nr. 13.

¹⁹ In dezelfde zin: MAINGAIN, B., «Le pacte de séparation de fait: un mode de règlement licite du conflit familial», *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1983, 248-253.

De overeenkomst kan wel ten allen tijde herzien worden op vordering van een ouder in het belang van het kind, of ambtshalve door de rechter opzij geschoven worden in geval van misbruik of bedreiging voor het belang van het kind (Cass., 2 mei 1930, *Pas.*, 1930, I, 197).

²⁰ Of een procedure van scheiding van tafel en bed op grond van bepaalde feiten.

²¹ Luidens art. 1258 Ger. W. maakt de voorzitter, in voorkomend geval, in het proces-verbaal van niet-verzoening alleszins melding van de overeenstemming van partijen, maar bekrachtigt deze slechts als hij zulks geraden acht.

²² Voorlopige maatregelen m.b.t. persoon, levensonderhoud en goederen van de kinderen (art. 1280 Ger. W.).

²³ De overeenkomst moet wel bekrachtigd zijn door de voorzitter om de regels van de artt. 374-377 B.W. buitenspel te kunnen zetten.

²⁴ Of procedure van scheiding van tafel en bed.

²⁵ «wie van beide echtgenoten», (art. 302, 2e lid, B.W.).

²⁶ Al behouden de ouders, onverschillig aan wie de kinderen worden toevertrouwd, ieder het recht om op de opvoeding van hun kinderen «toe te zien» (art. 303 B.W.).

²⁷ Cass., 13 september 1985, *R. W.*, 1985-86, noot PINTENS, W.

B. Rechtspraak

8. De rechtspraak i.v.m. co-ouderschap wordt gekenmerkt door een grote verscheidenheid. Allereerst kunnen twee arresten van hoven van beroep vergeleken worden.

Het *Hof van Beroep te Brussel* verwerpt, in het kader van voorlopige maatregelen tijdens een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten, de — wekelijks — wisselende hoede over de twee kinderen van vijf en zeven jaar²⁸ — als *niet opportuun*²⁹: het belang van de kinderen — die behoefte hebben aan een stabiel levens- en opvoedingskader — mag niet geofferd worden aan het belang van de ouders, die het bovendien blijvend oneens zijn³⁰ en er verschillende levenswijzen en dus ook opvoedingsideeën op na zouden houden³¹.

Het *Hof van Beroep te Luik* beschouwt de «afwisselende hoede» door de ouders overeengekomen in het kader van de overeenkomst voorafgaand aan hun echtscheiding door onderlinge toestemming³² niet als strijdig met de wet of de openbare orde en wijzigt de beslissing van de rechtbank van eerste aanleg die weigerde de echtscheiding toe te staan wegens niet-naleving van artikel 1288, 2°, Ger. W.³³.

Volgens de rechtbank van eerste aanleg houdt dat artikel een grondregel in, nl. dat de ene ouder het bestuur over

persoon en goederen van de kinderen moet krijgen en de andere ouder een bezoekerrecht³⁴. Volgens het hof van beroep houdt deze bepaling alleen een formele regel in, nl. dat de ouders — vrij — een regeling i.v.m. hoede en bezoekerrecht uitwerken en voorleggen; openbaar ministerie en rechtbank hebben geen controle op de inhoud van het akkoord tussen de echtgenoten³⁵.

Uit de overwegingen van het hof moet blijkbaar wel afgeleid worden dat alleen art. 1288, 2°, Ger. W. de echtgenoten niet oplegt te preciseren wie van hen, met uitsluiting van de andere, bestuur over persoon en goederen van het kind zal hebben. De artikelen 302 en 374 B.W. zouden een dergelijke draagwijdte wel hebben... M.a.w. *co-ouderschap* zou alleen *mogelijk* zijn in geval van *echtscheiding door onderlinge toestemming*, niet na echtscheiding op grond van bepaalde feiten of bij feitelijke scheiding³⁶.

9. Hoewel noch het Hof van Beroep te Brussel noch het Hof van Beroep te Luik een algemeen of principieel standpunt t.a.v. co-ouderschap innemen, lijkt uit de twee arresten toch een globale conclusie te kunnen worden getrokken: co-ouderschap is niet a priori te verwerpen als er daaromtrent een akkoord tussen de ouders bestaat³⁷; co-ouderschap is, zo niet om wettelijke, dan toch om opportunitaire redenen, onaanvaardbaar als er daaromtrent betwisting tussen de ouders bestaat.

10. In het kader van *voorlopige maatregelen* door de voorzitter te bevelen in geval van echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten, kwam het co-ouderschap verschillende malen aan bod.

De voorzitter te Luik wijst de afwisselende hoede («garde alternée») om opportunitaire redenen af, gelet op de onenigheid van de ouders; zij kan volgens hem eventueel positief werken als drie voorwaarden vervuld zijn: 1) ze moet door beide ouders gevraagd worden³⁸; 2) beide ouders moeten

²⁸ Voorgesteld door deskundige Dopchie, geraadpleegd door de ouders, gelet op het feit dat de ouders in elkaars nabijheid bleven wonen en de kinderen doorlopend dezelfde school konden bezoeken. Het hof gewaagt zonder onderscheid van «le système de la garde conjointe ou alternée».

²⁹ En dus niet als onwettig of strijdig met openbare orde of goede zeden. Over de opportuniteit van co-ouderschap, zie DOPCHIE, N., «Le droit de garde de l'enfant au père ou à la mère? Point de vue médico-psychologique», *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 349-364; DOPCHIE, N., «Considérations sur l'adéquation psychologique de l'octroi d'un droit de garde alternée en cas de séparation ou de divorce», *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 363-367. Zie ook verder, nr. 16.

³⁰ Beide ouders wilden de hoede over de twee kinderen; het hof bevestigt de beslissing van de voorzitter die de zoon aan de vader en de dochter aan de moeder toevertrouwt.

³¹ Brussel, 23 november 1981, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 446.

³² De voorafgaande overeenkomst bevatte het volgende beding: «L'administration de la personne des enfants mineurs est confiée conjointement au père et à la mère».

Les époux S.-W. exerceront la garde de leurs enfants de la manière suivante:

— une semaine sur deux; les enfants passeront deux journées chez leur père et les cinq autres jours chez leur mère;

— l'autre semaine: les enfants passeront deux jours chez leur mère et les cinq autres chez leur père.

Le père viendra chercher les enfants et les ramènera au domicile de leur mère. L'administration des biens des enfants mineurs est confiée conjointement au père et à la mère.

L'autorité parentale sera exercée également conjointement par les deux parties.»

Het bestuur over persoon en goederen van de kinderen wordt dus gezamenlijk uitgeoefend; alleen de materiële bewaring wisselt (d.i. ons geval 7).

³³ Luik, 27 juni 1983, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1983, 306 met noot RENCHON, J.L., «Les clauses relatives à l'exercice conjoint de l'autorité parentale dans les conventions préalables au divorce par consentement mutuel», *Jur. Liège*, 1983, 493, noot PANIER, C.

³⁴ Rb. Luik, 26 mei 1983, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1983, 301. In dezelfde zin: Rb. Brugge, 16 februari 1981, *T. Not.*, 1982, 213. De voorafgaande overeenkomst bedong dat «de bewaking over het kind, evenals het bestuur over persoon en goederen wordt toevertrouwd aan beide echtgenoten», maar dat het kind afwisselend bij iedere ouder zou verblijven (de eerste helft van de week bij vader, de tweede helft bij moeder, om beurten een week-end bij vader en moeder, de helft van de vakanties bij vader, de andere helft bij moeder) en dat iedere ouder voor de helft de kosten van onderhoud en opvoeding zou dragen. De Brugse rechtbank weigert de echtscheiding toe te staan omdat niet één ouder wordt aangewezen die bestuur over persoon en goederen zal uitoefenen, omdat een regeling van het bezoekerrecht ontbreekt en de regeling van de onderhoudskosten niet voldoende precies is.

³⁵ In dezelfde zin: RECHON, J.L., gec. noot, 308-309, en de referenties aldaar.

Wel kan, aldus ook het hof, elke ouder steeds de jeugdrechtbank adieren teneinde een wijziging van de overeengekomen regeling te vragen en kan het openbaar ministerie optreden in het kader van het maatregelenrecht (art. 36, 2°, W. Jeugdb.) als de regeling de veiligheid, zedelijkheid of gezondheid van de minderjarige in gevaar brengt.

³⁶ Door het hof een beetje vlug afgedaan als «situations qui contredisent un consentement mutuel».

³⁷ Zie ook Luik, 21 januari 1985, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1986, 238, dat de ouders tijdens de echtscheidingsprocedure bij voorlopige maatregel akte verleent van hun akkoord i.v.m. een afwisselen-de hoede.

³⁸ Deze voorwaarde lijkt niet vervuld als beide ouders primair

gelijkwaardige opvoedkundige bekwaamheden en mogelijkheden bezitten; 3) de ouders moeten bereid zijn samen te werken om het kind op harmonische wijze tot volle ontplooiing te laten komen³⁹.

In een andere beschikking wil de voorzitter van de Rechtbank te Luik echter, tegen de wil van de moeder, het verzoek van de vader in om een gezamenlijk bestuur over persoon en goederen van het kind te organiseren (met toekenning van de materiële bewaring aan de moeder). Het Hof van Beroep te Luik wijzigt de beschikking in de volgende zin: materiële bewaring en bestuur over de persoon worden toegekend aan de moeder, het bestuur over de goederen wordt gezamenlijk aan beide ouders toegekend⁴⁰.

De voorzitters van de Rechtbanken te Brussel en te Antwerpen weigeren in te gaan op het verzoek van een ouder om de (lang) voor de echtscheidingsprocedure overeengekomen en gevolgde alternatieve hoederegeling te wijzigen, hetgeen strijdig zou zijn met het belang van het kind, gelet op de concrete omstandigheden van de zaak en de persoonlijkheid van ouders en kinderen⁴¹.

Merkwaardig is de formule van co-ouderschap aangenomen door de voorzitter van de Rechtbank te Namen⁴²: de kinderen blijven permanent in hun gebruikelijk levenskader, de laatste echtelijke verblijfplaats, waar de ouders beurtelings, om de week, de hoede waarnemen⁴³; de regeling wordt evenwel slechts voorlopig bevolen, in afwachting van de resultaten van een sociaal onderzoek⁴⁴.

11. De vrederechters, die dringende voorlopige maatregelen nemen in het kader van art. 223 B.W., schijnen het minst moeite te hebben met co-ouderschap, zelfs zo beide ouders het daaromtrent niet eens zijn⁴⁵. Daarbij wordt verwezen naar het voorlopig karakter van de maatregelen⁴⁶, die soms beperkt worden in de tijd om de ouders de mogelijkheid te bieden hun houding voor de toekomst te bepalen⁴⁷. De vrederechter te Waver vertrouwt de hoede⁴⁸ van

ieder de hoede vragen en slechts subsidiair voor co-ouderschap opteren.

³⁹ Kort ged. Luik, 12 maart 1985, *Jur. Liège*, 1985, 208.

⁴⁰ Kort ged. Luik, 23 november 1986, en Luik, 22 december 1986, geciteerd door PANIER, C., «Inédits de droit de la famille», *Jur. L.M.B.*, 1987, 502-503.

⁴¹ Kort ged. Antwerpen, 14 januari 1987, *T.B.B.R.*, 1987, 177; Kort ged. Brussel, 26 juni 1987, *J.T.*, 1987, 650.

⁴² Op voorstel van de vader, terwijl de moeder de uitsluitende hoede vroeg; de moeder had met de kinderen de echtelijke verblijfplaats verlaten en zich elders gevestigd.

⁴³ Zodat de vader, die verbleef in de echtelijke verblijfplaats, een nieuwe woning moet zoeken (weliswaar op eigen voorstel), wat meebrengt dat het (vroegere) gezin drie woningen i.p.v. één nodig heeft).

⁴⁴ Kort ged. Namen, 18 oktober 1985, *Jur. Liège*, 1986, 46, noot D.

⁴⁵ Wat, zoals bij de voorzitter in kort geding, vrijwel steeds het geval zal zijn; anders ware het niet nodig zich tot de rechter te wenden.

⁴⁶ Vred. Vorst, 9 maart 1983, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1983, 219; Rb. Brussel, 24 november 1982, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1983, 203: geen ouder mag gepenaliseerd worden, geen feitelijke toestand mag geschapen worden, die later door een definitief vonnis allicht zal worden bekrachtigd.

⁴⁷ Vred. Seneffe, 10 januari 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 473.

⁴⁸ «la garde et l'administration»

de drie kinderen beurtelings 15 dagen aan de vader (van de 1e tot de 15e van de maand) en aan de moeder (van de 16e tot de 31e)⁴⁹ toe, voor zover de ouders (blijven) wonen binnen een straal van drie kilometer van de school⁵⁰.

In hoger beroep wijzigt de Rechtbank te Nijvel voorzichtigheidshalve het vonnis: praktisch wordt aan de regeling niets veranderd, maar om principiële redenen wordt aan de vader het voorlopig bestuur van de oudste dochter en aan de moeder dat van de twee jongste dochters toevertrouwd, met telkens een vijftiendaags bezoekrecht voor de andere ouder⁵¹! Zulk een tweeslachtige houding moet verworpen worden: principes mogen niet verwrongen worden om ze aan de feiten aan te passen; ofwel geeft men de principes op, ofwel weigert men de feiten juridisch te erkennen.

12. De rechtspraak i.v.m. co-ouderschap na echtscheiding op grond van feiten of na uiteengaan van feitelijk samenlevenden is vooralsnog schaars.

De Jeugdrechtbank te Verviers verwerpt het gezamenlijk bestuur na echtscheiding door de vader gevraagd⁵² als onwettig⁵³, en de subsidiair voorgestelde jaarlijks wisselende hoede als inopportuun, want strijdig met de behoefte aan stabiliteit van het kind⁵⁴.

Een zelfde standpunt neemt de Rechtbank te Brussel in met betrekking tot de alternatieve hoede over een buitenhuwelijks kind. De rechtbank voegt er wel uitdrukkelijk aan toe dat een afwisselende hoede niet strijdig is met de wet of de openbare orde en dat alleen een wekelijks wisselende hoede eventueel aanvaardbaar zou zijn, maar niet in casu⁵⁵.

C. Rechtsleer

13. De begrippen co-ouderschap, gezamenlijke en alternerende hoede van niet-(meer)-samenlevende ouders duiken pas vanaf eind de jaren zeventig in de Belgische rechtsleer op. Op enkele uitzonderingen na lieten de rechtsgeleerde pennen m.b.t. deze onderwerpen nog slechts weinig inkt vloeien.

Evenwel werd reeds eerder op het vlak van de draagwijdte van de concurrentiële uitoefening van het ouderlijk gezag, ingevoerd door de wet van 1 juli 1974, een stelling gehuldigd die in de wet de voorziening las van een co-ouderschapregeling t.a.v. alle uit de echt gescheiden of feitelijk gescheiden levende ouders⁵⁶. De discussie had betrek-

⁴⁹ Andere combinaties zijn denkbaar: zie bv. Rb. Brussel, 24 november 1982 en Vred. Seneffe, 10 januari 1980, gecit.

⁵⁰ Vred. Waver, 30 april 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 462.

⁵¹ Rb. Nijvel, 8 oktober 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 462.

⁵² Met vestiging van het domicilie van de minderjarige bij de vader.

⁵³ «La garde conjointe est réservée aux conjoints» (!?)

⁵⁴ Jeugdrb. Verviers, 31 maart 1981, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 467.

⁵⁵ Rb. Brussel, 16 december 1986, *J.T.*, 1987, 252: vader en moeder vroegen in eerste instantie ieder de uitsluitende hoede; alleen de moeder vroeg subsidiair de afwisselende hoede; de nodige stabiliteit, eenheid van opvoeding was dus niet gewaarborgd.

⁵⁶ Vóór de wet van 31 maart 1987 bestond onenigheid over de vraag of natuurlijke ouders ouderlijk gezag bezaten en op welke wijze dit door hen werd uitgeoefend. Zie PAUWELS, J., *Personen- en familierecht*, III, *Jeugdrecht- verwantschapsrecht*, Leuven, Acco, 1986, p. 161-162.

king op de vraag wat de wetgever juist bedoelde met de uitdrukking «beheert een van de ouders de goederen van de minderjarige kinderen» in destijds art. 389 B.W. Sommige rechtsgeleerden⁵⁷ waren van oordeel dat de term «beheren» hier betekende «het voeren van het bewind over andermans vermogen in het algemeen» zodat elke ouder afzonderlijk m.b.t. de goederen van de minderjarige kinderen alle *daden van beheer en van beschikking* kan verrichten, met inachtneming van de modaliteiten (bv. machtiging tot de verkoop van onroerende goederen) door de wet vereist.

Anderen daarentegen⁵⁸ verdedigden de stelling dat de term «beheren» diende te worden geïnterpreteerd met verwijzing naar het onderscheid tussen «daden van beheer» en «daden van beschikking». In deze interpretatie hebben ouders concurrentiële bevoegdheden inzake daden van beheer, doch dienen zij gezamenlijk op te treden voor daden van beschikking en om de machtiging van de rechtbank te verzoeken m.b.t. alle rechtshandelingen die de voogd slechts met machtiging van de familieraad en homologatie door de rechtbank kan verrichten.

Vanuit deze stelling maakten sommige auteurs⁵⁹ de link met de uitoefening van het bestuur over de persoon van het minderjarige kind, dit gelet op het volkomen parallellisme van de (vroegere) artikelen 373 en 389 van het Burgerlijk Wetboek. Aldus waren zij van oordeel dat slechts de «dagelijkse bevoegdheden m.b.t. de persoon van het kind» of «de bevoegdheden die verband houden met het recht van materiële bewaring» door de ouders op concurrentiële wijze worden uitgeoefend, terwijl voor «de meer fundamentele bevoegdheden» of «de bevoegdheden die geput worden uit het recht van opvoeding» een gezamenlijk optreden vereist is. Hetzelfde geldt voor de gescheiden levende ouders. Het

is duidelijk dat een dergelijke gezagsuitoefening door de ouders neerkomt op de in het begin van deze studie vermelde vorm van co-ouderschap die erin bestaat dat het kind verblijft bij een van beide ouders, doch de belangrijke beslissingen i.v.m. onderhoud en opvoeding van het kind door de ouders gezamenlijk moeten worden genomen.

14. O.i. heeft de wet van 31 maart 1987 voorgaande interpretatie terzijde geschoven, nu art. 378 B.W. bepaalt dat de machtiging, vereist voor handelingen waarvoor de voogd machtiging van de familieraad en homologatie door de rechtbank nodig heeft, door een der ouders alleen, de andere gehoord, kan worden gevraagd. Daaruit kan worden afgeleid dat elke ouder alleen en, in geval van niet samenleven, de ouder die de materiële bewaring over het kind heeft, uitsluitend, alle daden, ook die van beschikking kan stellen⁶⁰. Het parallellisme tussen de (huidige) artikelen 373 en 371 van het Burgerlijk Wetboek dringt zich ook in die zin op zodat de huidige uitoefening van het ouderlijk gezag door niet samenlevende ouders niet als een vorm van co-ouderschap kan worden beschouwd.

15. In de schamele Belgische rechtsliteratuur m.b.t. co-ouderschap komt zowel de legaliteit als de opportuniteit van deze wijze van uitoefening van het ouderlijk gezag door niet samenlevende ouders aan bod.

In zijn noot onder het arrest van het Hof van Beroep te Luik van 27 juni 1983⁶¹ stelt Renchon — zoals ook het hof o.i. terecht had beslist — dat de redactie van art. 1288, 2°, Ger. W. het niet mogelijk maakt te eisen dat de door onderlinge toestemming uit de echt scheidende echtgenoten het bestuur over de persoon en de goederen van de kinderen moeten toekennen aan één van hen en het bezoekrecht aan de andere. De echtgenoten dienen een overeenkomst m.b.t. het bestuur over de persoon en de goederen van de kinderen, alsmede m.b.t. het bezoekrecht te maken, doch m.b.t. de zin waarin dit moet geschieden, stelt de wet geen enkele vereiste. Aldus belet de wet geenszins dat de echtgenoten een gezamenlijke of afwisselende hoede bedingen.

Dezelfde stelling vindt men terug bij Rigaux en Meulders-Klein⁶², alsmede bij Pintens⁶³ en bij Senaeve⁶⁴.

16. Wat de opportuniteit van een gezamenlijke of afwisselende hoede na echtscheiding betreft, worden uiteenlopende stellingen gehuldigd.

Poelman⁶⁵ beschouwt de afwisselende hoede als nefast voor het kind dat in zijn opgroei tot een evenwichtige persoonlijkheid, een klimaat van veiligheid en stabiliteit be-

⁵⁷ NUYTINCK, H., «Vader en moeder: gelijk voor de wet», *R. W.*, 1974-75, 1358-1360; RENCHON, J.-L., «La gestion du patrimoine de l'enfant», in *Le statut juridique de l'enfant* (Journées notariales Mons 1979), Credoc, 1979, p. 110-112.

⁵⁸ DELVA, W., «Ouderlijke verplichtingen en rechten», *T.P.R.*, 1975, 284, nr. 42; LAMPE-FRANZEN, M.F., «Le statut juridique de l'enfant. Des droits de garde et de visite», *Rev. Not. B.*, 1979, 288-291; MASSON, «La loi du 1er juillet 1974 modifiant les articles 221, 373 et 389 du Code civil, et abrogeant l'article 374 du même Code», *J.T.*, 1974, 672; SENAËVE, P., «Ouderlijke macht — B.W. art. 373», in *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 4-9; VIEUJEAN, E., «De la puissance paternelle à la puissance parentale», *Ann. Dr. Louvain*, 1976, 16-23.

⁵⁹ LAMPE-FRANZEN, M.F., *l.c.*, 290-291; SENAËVE, P., *l.c.*, 4-9; VIEUJEAN, E., *l.c.*, 23.

Anderen zijn van oordeel dat het parallellisme wat betreft de persoon en de goederen van het kind niet moet worden gezocht en dat het bestuur over de persoon van de minderjarige in principe concurrentieel wordt uitgeoefend, tenzij in de uitzonderlijke gevallen (zoals m.b.t. de toestemming tot het huwelijk) waarin de wet een gezamenlijke beslissing vereist. Zie GERLO, J., noot onder Rb. Antwerpen, 18 december 1975, *R. W.*, 1976-77, 560; PAUWELS, J., *o.c.*, p. 155; RIMANQUE, K., *De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige — publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beginselen*, Brussel, Bruylant, 1980, p. 491, nr. 200; RIGAU, F., en MEULDEERS-KLEIN, M.T., *Les personnes, I, Les relations familiales* (mise à jour), Brussel, Larcier, 1978, nr. 303.

⁶⁰ Zie ook RENCHON, J.L., «Attribution et exercice de l'autorité parentale», *R.T.D.F.*, 1986, 295; VAN OOSTERWIJCK, G., «Ouderlijk gezag, minderjarigheid, voogdij en ontvoogding», in *Afstamming en adoptie*, BAETEMAN, G. (red.), Brussel, Story-Scientia, 1987, p. 200-201, nr. 278.

⁶¹ RENCHON, J.L., «Les clauses relatives à l'exercice conjoint de l'autorité parentale dans les conventions préalables au divorce par consentement mutuel», noot onder Luik, 27 juni 1983, *R.D.F.*, 1983, 300. Over dit arrest, zie nr. 8.

⁶² RIGAU, F. en MEULDEERS-KLEIN, M.T., *o.c.*, nr. 256.

⁶³ PINTENS, W., *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, Antwerpen, Kluwer, 1982, p. 227, nr. 373.

⁶⁴ SENAËVE, P., *Handboek van familieprocesrecht*, Leuven, Acco, 1986, nr. 707.

⁶⁵ POELMAN, F., «Pour une réforme urgente du divorce par consentement mutuel», *J.T.*, 1982, 370-371.

hoeft. Het kind met weinig karakter verwordt door de herhaalde enorme aanpassingsmoeilijkheden heen tot een «ruggegraatloos» figuur. Het kind met een zekere persoonlijkheid, dat aldus weet wat het wil en een van de verschillende milieus waar het leeft, zal verkiezen, ondervindt moeilijkheden wanneer het moet gaan naar het milieu dat hij niet als dat waar hij zich «thuis» voelt, beschouwt. Poelman baseert deze visie op zijn ervaringen, doch tevens verwijst hij naar de besluiten van een Frans verslag ter zake dat afwisselende hoederegelingen beschouwt als een resultaat van de onmogelijke wil van de ouders de gevolgen van de echtscheiding te annuleren, dit terwijl hun kind door de herhaalde milieuwisseling en het repetitieve afscheid van elk van zijn ouders niet de kans krijgt eens en voorgoed de echtscheiding te verwerken.

Eveneens verwijst hij naar een studie van de gerechtsdeskundige-kinderpsychiater Dopchie⁶⁶, die vanuit een rijke ervaring van de psychologie van het kind zowel de gezamenlijke als de afwisselende hoede toetst aan het belang van het kind. Indien er een voldoende consensus tussen de ouders bestaat over de te nemen opvoedkundige beslissingen en zij daarbij het belang van het kind laten voorgaan, acht zij de gezamenlijke hoede een zegen voor kind én ouders. Het kind kan volgens haar slechts wel varen indien het ervaart dat zijn ouders blijvend om zijn welzijn bekommerd zijn. Bovendien blijft elke ouder betrokken bij de opvoeding van het kind en hoeft niet één ouder zich buitengesloten te voelen.

Wat de afwisselende hoede betreft, maakt mevr. Dopchie⁶⁷ het grootste voorbehoud. Zij acht een dergelijk formule met een wisselmaat van week tot week aangewezen in het kader van voorlopige maatregelen teneinde een bepaalde optie niet onbewust voor de toekomst te bestendigen, alsook wanneer een kind blijkt geeft heel erg gehecht te zijn aan beide ouders zodat het onder een lange scheiding van een van hen onnodig zou lijden.

Voor een definitieve afwisselende hoede stelt zij enkele voorwaarden. Allereerst dient het kind ouder dan drie jaar te zijn en een voldoende stevige basis voor zijn persoonlijkheid te hebben ontwikkeld. Bovendien dient minstens één der ouders erom verzocht te hebben, in de overtuiging dat dit verzoek overeenstemt met het belang van het kind, en moeten de ouders verenigbare opvoedkundige basisopvattingen delen. Het kind mag niet tussen de ouders uitgespeeld worden in het kader van hun onderlinge problemen en moet aan beide ouders op gelijkwaardige wijze gehecht zijn. Vereist is tevens dat de ligging van de respectieve woonplaats van de ouders een continuïteit van het schoolleven en het eigen sociaal leven van het kind toelaat.

17. Lampe-Franzen⁶⁸ is van oordeel dat, ook in geval van feitelijke scheiding en echtscheiding, zoveel mogelijk gemeenschappelijk overleg tussen de ouders over de meer fundamentele beslissingen m.b.t. de persoon van de kinde-

ren zou moeten worden voorzien. Een co-ouderschapsregeling, al dan niet met afwisselende hoede, acht zij slechts wenselijk indien dit door beide ouders gewenst wordt en indien, nadat het kind gehoord werd, gebleken is dat een dergelijke regeling beantwoordt aan een gehechtheid van het kind aan beide ouders.

In zijn beoordeling over de opportuniteit van het bedingen in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming van een gezamenlijke en/of afwisselende hoede stelt Renchon⁶⁹ dat een dergelijke regeling niet slecht kan zijn voor het kind indien ze overeenstemt met de door ouders en kind beleefde werkelijkheid. Hij acht een dergelijke regeling ook opportuun en in het belang van het kind, indien het toekennen van het bestuur over de persoon en de goederen van het kind aan één der echtgenoten de tussen hen bestaande spanningen ten top zou drijven, terwijl de erkenning van het onvervreemdbaar ouderschap van beide ouders voor de nodige «ontspanning» zou kunnen zorgen.

Pintens⁷⁰ is van oordeel dat formules in echtscheidingsovereenkomsten m.b.t. gezamenlijke of afwisselende hoede met grote voorzichtigheid en terughoudendheid gehanteerd dienen te worden. Hij meent dat een gunstige toepassing ervan afhangt van de mate waarin de relatie tussen de ouders voldoende waarborgen biedt voor een concrete uitoefening van het bestuur en dat ze vooral met succes kunnen worden toegepast voor het bestuur over oudere kinderen.

18. Een zeer sceptisch standpunt m.b.t. co-ouderschap wordt ingenomen door Arteel, De Smedt en Van Limbergen⁷¹, die de juridische aanpak, de pedagogische omgang en de emancipatorische ontwikkeling in het kader van een dergelijke regeling problematisch vinden en betwijfelen of het co-ouderschap het juiste antwoord vormt op de problemen die het huidige hoede- en bezoeksrecht stellen. Zij pleiten voor een grotere mondigheid van het kind m.b.t. de aspecten van de echtscheidingssituatie die hem aanbelangen.

III. Co-ouderschap en vergelijkend recht

A. Nederland

19. Terwijl naar Belgisch recht het ouderlijke gezag berust op de afstamming en niet op het huwelijk⁷², bepaalt de Nederlandse wet in art. 1:246, lid 1, N.B.W. dat de (door de ouders gezamenlijk uitgeoefende) ouderlijke macht enkel gedurende het huwelijk bestaat. Aldus wordt na de dood van één der echtgenoten-ouders de voogdij in de persoon van de overlevende ouder ingericht, wordt na echtscheiding één der ouders voogd en de andere toeziende voogd over de minderjarige kinderen, en is de meerderjarige moeder, krachtens art. 1:287 N.B.W., van rechtswege

⁶⁶ DOPCHIE, N., «Considérations sur l'adéquation psychologique de l'octroi d'un droit de garde alternée en cas de séparation ou de divorce», *R.T.D.F.*, 1981, 363.

⁶⁷ DOPCHIE, N., o.c., *R.T.D.F.*, 1981, 363.

⁶⁸ LAMPE-FRANZEN, M.F., l.c., 291; LAMPE-FRANZEN, M.F., «Le règlement de l'administration de la personne et des biens des enfants par voie de référés», *R.T.D.F.*, 1985, 27-28.

⁶⁹ RENCHON, J.L., l.c., 1983, 311-313.

⁷⁰ PINTENS, W., o.c., p. 228, nr. 375.

⁷¹ ARTEEL, P., DE SMEDT, C. en VAN LIMBERGEN, K., «Co-ouderschap als omgangsregeling na echtscheiding: enkele problematische aspecten», *Panopticon*, 1986, 130.

⁷² GERLO, J., *Personen- en familierecht*, Brussel, Story-Scientia, 1986, p. 260.

voogdes over haar natuurlijke kinderen. Dit terwijl de vader — voor zover hij het natuurlijk kind erkend heeft — om de voogdij kan verzoeken, doch slechts deze voogdij, in plaats van de moeder, toegewezen zal krijgen indien de kantonrechter zulks in het belang van het kind acht⁷³. Aangezien na echtscheiding en buiten huwelijk ouderlijke macht niet bestaat, kon ook van enige vorm van co-ouderschap geen sprake zijn.

20. M.b.t. deze regeling van de ouderlijke macht heeft het arrest van de *Hoge Raad van 4 mei 1984*⁷⁴ een ware «schok»⁷⁵ teweeggebracht.

De Hoge Raad besliste dat «de beëindiging van het gezamenlijk uitgeoefende gezag over het kind, na echtscheiding, een inmenging betekent in het gezinsleven zoals bedoeld in art. 8 E.V.R.M. Krachtens het tweede lid van dit artikel is een dergelijke inmenging in principe echter toegestaan als de nationale wet (in Nederland art. 1:161 N.B.W.) daarin voorziet. Eveneens, in het algemeen, is inmenging geoorloofd wanneer tussen de ex-echtgenoten zodanige spanningen bestaan dat de belangen van het kind uitdrukkelijk beschermd moeten worden. Maar, wanneer de ouders in goede onderlinge verstandhouding gezamenlijk voor hun kind menen te kunnen blijven zorgen, moet worden onderzocht of de beëindiging van de ouderlijke macht van de ouders gezamenlijk, door de benoeming van één van hen tot voogd, nodig is met het oog op de belangen van het kind».

De Hoge Raad acht een verzoek tot gezamenlijke voogdij onontvankelijk aangezien dit strijdig zou zijn met art. 1:161 N.B.W., dat in de voogdij in de persoon van één ouder met uitsluiting van de andere voorziet. Wanneer het belang van het kind dit toelaat, kan de inrichting van de voogdij achterwege blijven, zodat het ouderlijke gezag op grond van art. 1:161, lid 4, N.B.W.⁷⁶ blijft doorlopen. Indien latere moeilijkheden een voogdijregeling toch noodzakelijk maken, biedt art. 1:161, lid 3⁷⁷, de mogelijkheid alsnog een voogd te benoemen.

Bij deze verdere gezamenlijke uitoefening van de ouderlijke macht na echtscheiding wordt de mogelijkheid van een afwisselend verblijf van het kind bij ieder van beide ouders niet uitgesloten. Uiteraard zal een dergelijke mogelijkheid in het concrete geval dienen te worden getoetst aan het belang van het kind.

21. Opmerkelijk is dat prof. Rood-De Boer⁷⁸ aanvaankelijk in het arrest van de Hoge Raad leek gelezen te hebben dat gezamenlijke ouderlijke macht na echtscheiding vereist dat beide ouders een dergelijke regeling wensen, dat de gezochte oplossing in het belang van het kind is en dat *de concrete mogelijkheid tot het gezamenlijk blijven dragen van de verantwoordelijkheid van de ouders voor het kind aanwezig is*. M.a.w. zou een alternerend verblijf van de kinderen bij elk der ouders noodzakelijk zijn in het kader van een gezamenlijke uitoefening van de ouderlijke macht na echtscheiding.

Sommige auteurs⁷⁹ merken terecht op dat het niet nodig is dat de ouders, zoals in het door de Hoge Raad behandelde geval, zeer dicht bij elkaar wonen en/of dat het kind beurtelings bij elk der ouders verblijft, opdat ze voor gezamenlijke ouderlijke macht na echtscheiding in aanmerking komen. Aldus is co-ouderschap ook mogelijk in een «klassieke echtscheidingssituatie» (de kinderen verblijven bij één ouder; de andere ouder heeft bezoekrecht).

Doorslaggevend zijn het belang van het kind en het bestaan van een basis van goede onderlinge verstandhouding tussen de ouders m.b.t. de verzorging en opvoeding van de kinderen. Immers betekent het voortduren van het ouderlijk gezag na echtscheiding dat de ouders samen moeten kunnen uitmaken wat er van het ouderschap van de niet-verzorgende ouder zal overblijven⁸⁰, wat zal neerkomen op medezeggenschap bij belangrijke beslissingen.

22. Niet alleen werd het revolutionair karakter van het Hoge-Raadsarrest van 4 mei 1984 druk besproken⁸¹. Tevens was de draagwijdte van de beslissing, wat betreft verschillende aspecten ervan, het voorwerp van menige rechtsgeleerde stellingname. Ondertussen heeft de Hoge Raad in latere arresten, meer bepaald vier arresten van 21 maart 1986 de gelegenheid gekregen m.b.t. deze punten meer duidelijkheid te verschaffen.

M.b.t. de draagwijdte van het arrest van 4 mei 1984 waren vooral drie problemen aan de orde:

1) De Hoge Raad stelde in zijn arrest dat de ouderlijke

⁷³ De natuurlijke vader is dus nooit van rechtswege voogd over zijn natuurlijk kind. Normaliter zal hij niet met de voogdij doch met de toeziende voogdij worden bekleed.

⁷⁴ H.R., 4 mei 1984, *N.J.*, 1985, 510.

⁷⁵ Deze uitdrukking verwijst naar de titel van een der eerste commentaren op het arrest van de hand van prof. ROOD-DE BOER, M., «Een schok in het familie- en jeugdrecht», *N.J.B.*, 1984, 1277.

⁷⁶ Art. 1:161, lid 4, N.B.W. bepaalt dat «totdat de voogdij van een volgens dit artikel benoemde voogd is aangevangen, het gezag over de kinderen blijft bij hem die dit tijdens het geding had, met dezelfde bevoegdheden en onder dezelfde verplichtingen als hij toen had».

⁷⁷ Art. 1:161, lid 3, N.B.W. voorziet in een mogelijkheid tot aanvulling van de beslissing m.b.t. het gezag over de kinderen. Vanuit de rechtsleer (DOEK, J.E., «Een schok in het familie- en jeugdrecht: iets over de scheuren en barsten», *N.J.B.*, 1985, 216; JANSEN, I., «Ouderlijke macht na echtscheiding», *F.J.R.*, 1984, 145; ROOD-DE BOER, M., *l.c.*, 1984, 1280-1281) wordt geopperd dat, vooraleer in geval van conflicten m.b.t. de uitoefening van de ouderlijke macht na echtscheiding gegrepen wordt naar de nogal drastische oplossing voorzien door de Hoge Raad (einde van de ouderlijke macht) beter eerst door de ouders overeenkomstig art. 1:246, lid 3, N.B.W. een beroep wordt gedaan op de kinderrechter tot oplossing van het geschil.

⁷⁸ ROOD-DE BOER, M., *l.c.*, 1984, 1279. Deze later door de auteur in zijn juiste daglicht gestelde visie (ROOD-DE BOER, M., «Naschrift», *N.J.B.*, 1985, 217-218) wordt blijkbaar gedeeld door VAN DER LINDEN, A.P., VANDEPUTTE, J.E.L.J., en HENDRICKX, J.J.P., «Gezamenlijk ouderschap na echtscheiding», *F.J.R.*, 1985, 137.

⁷⁹ DOEK, J.E., *l.c.*, 214; HUDIG, J.C., «Gezamenlijk ouderlijk gezag na echtscheiding», *F.J.R.*, 1985, 117; JANSEN, I., *l.c.*, 1984, 143.

⁸⁰ HUDIG, J.C., *l.c.*, 117.

⁸¹ DE VET, M.P.J.M., «Gezagsvoorziening na echtscheiding in Europees perspectief», *N.J.B.*, 1985, 218; DOEK, J.E., *l.c.*, 213; HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, W.C.E., «Ouderlijk gezag na echtscheiding», *W.P.N.R.*, 1984, 621; HUDIG, J.C., *l.c.*; JANSEN, I., *l.c.*, 1984, 137; ROOD-DE BOER, M., *l.c.*, 1984, 1277; VAN DER LINDEN, A.P., VANDEPUTTE, J.E.L.J. en HENDRICKX, J.J.P., *l.c.*, 137.

macht blijft doorlopen indien de beëindiging van de door beide ouders gewenste continuatie van een gedeelde verantwoordelijkheid voor de opvoeding en verzorging van hun kind, in het belang van het kind niet nodig is. De vraag rijst of de ouderlijke macht blijft doorlopen indien de ouders de rechter niet vragen in de voogdij te voorzien.

2) Kunnen de ouders die in het verleden, indien dit mogelijk ware geweest, na de echtscheiding samen de ouderlijke macht zouden hebben willen uitoefenen, doch t.a.v. wie in de voogdij is voorzien, alsnog, in het licht van het nieuwe rechtsdenken, met succes verzoeken opnieuw met de destijds verloren ouderlijke macht te worden belast?

3) Werd door vermeld arrest van de Hoge Raad de ouderlijke macht losgekoppeld van het huwelijk, zodat ook nooit-gehuwde ouders die gezamenlijk de verantwoordelijkheid voor hun kind wensen te dragen, met de ouderlijke macht kunnen worden bekleed?

23. Wat het eerste aspect betreft, waren sommige auteurs⁸² van oordeel dat het ontbreken van een verzoek om in de voogdij te voorzien zou leiden tot het doorlopen van de gezamenlijke ouderlijke macht na echtscheiding. Aldus zou de gezamenlijke ouderlijke macht na echtscheiding het principe en de voogdijregeling de uitzondering zijn, wat moeilijk in overeenstemming te brengen is met het opleggen van voorwaarden voor de aanvaardbaarheid van co-ouderschap na echtscheiding. Andere rechtsgeleerden⁸³ meenden echter dat de in art. 1:161, lid 3, N.B.W. voorziene voogdij-benoeming de regel blijft (en zelfs een ambtshalve te nemen beschikking uitmaakt) en dat deze voogdij in het algemeen, gelet op de tussen de ouders bij de ontwrichting van hun huwelijk te verwachten spanningen, vermoed wordt gerechtvaardigd te zijn door de belangen van het kind. Pas indien de ouders samen dit vermoeden omkeren door aan te tonen dat het belang van hun kind de beëindiging van de gezamenlijk uitgeoefende ouderlijke macht niet eist, zal op hun verzoek de voogdijvoorziening achterwege gelaten worden en de ouderlijke macht doorlopen.

In zijn arrest van 21 maart 1986⁸⁴ heeft de Hoge Raad beslist dat, opdat de ouderlijke macht van ouders die niet meer met elkaar gehuwd zijn, kan voortduren, ten minste vereist is dat blijkt dat beide ouders dit wensen. Het stilzwijgen bewaren nopens enige regeling m.b.t. de kinderen zal dus niet kunnen leiden tot het doorlopen van de ouderlijke macht.

24. Wat betreft de ouders die vóór het arrest van 4 mei 1984 een co-ouderschapsregeling wensten, werd door verschillende rechtsgeleerden naar wettelijke grondslagen voor de huidige toekenning ervan gezocht. Jansen⁸⁵ was van oordeel dat een mogelijke oplossing zou kunnen gevonden worden in art. 1:162 N.B.W., dat een mogelijke wijziging van de voogdijbeschikking regelt, doch hij meende dat een dergelijke oplossing zou betekenen dat het begrip «wijziging» zou worden «opgerekt» doordat men niet de persoon

van de voogd wenst te veranderen, maar de ouderlijke macht wil installeren. Bovendien zag hij een probleem wanneer de gezamenlijke opvoeding en verzorging in feite werd voortgezet door beide ouders. Immers zouden dan de gewijzigde omstandigheden, noodzakelijk voor toepassing van art. 1:162 N.B.W., niet voorhanden zijn.

Doek⁸⁶ stelde dat, indien in de verhouding tussen de ouders m.b.t. de opvoeding en verzorging van hun kinderen geen wijziging is opgetreden en zij dus *de facto* als co-ouders hebben gefungeerd, deze ouders om reden dat de rechter bij de voogdijvoorziening van onjuiste of onvolledige gegevens is uitgegaan, om de intrekking van de voogdijvoorziening kunnen verzoeken.

De stelling van Rood-De Boer⁸⁷ dat de gewijzigde omstandigheden of het steunen op onjuiste gegevens die een toepassing van art. 1:162 N.B.W. mogelijk maken, niet zozeer gelegen zijn in de veranderde omstandigheden in het leven van de ouders, als wel in een nieuw rechtsdenken van de Hoge Raad, werd door de Hoge Raad zelf in een arrest van 21 maart 1986⁸⁸ overgenomen teneinde aan ouders die aan de voorwaarden tot co-ouderschap voldeden, doch t.a.v. wie vóór 4 mei 1984 tot een voogdijvoorziening werd overgegaan, met de gezamenlijke ouderlijke macht na echtscheiding te kunnen bekleden.

25. Wat betreft de mogelijke toekenning van ouderlijke macht aan nooit gehuwde ouders, waren de meningen sterk verdeeld. Enerzijds waren sommige rechters en rechtsgeleerden⁸⁹ van oordeel dat door het arrest van de Hoge Raad de ouderlijke macht losgekoppeld werd van het huwelijk en aldus ook kan worden toegekend aan nooit gehuwde ouders die aan de door de Hoge Raad gestelde voorwaarden voldoen.

Anderzijds⁹⁰ werd gesteld dat het Hoge-Raadsarrest geen mogelijkheid tot ouderlijke macht voor ongehuwd samenlevende ouders impliceert, aangezien de koppeling met het voorafgaande huwelijk juist cruciaal wordt geacht: «De ouderlijke macht die dankzij het huwelijk bestaat, kan ondanks de echtscheiding van de ouders blijven bestaan, mits dit in het belang van het kind is.»

In een arrest van 21 maart 1986⁹¹ heeft de Hoge Raad beslist tot de mogelijkheid tot toekenning door de kantonrechter van de ouderlijke macht aan nimmer gehuwde ouders, op voorwaarde dat «beide ouders tot het kind in familierechtelijke betrekking staan en tot uitoefening van het gezag over dit kind bevoegd zijn», dat «blijkt dat beide ouders wensen met de ouderlijke macht te worden bekleed», dat «aannemelijk is dat tussen de ouders de goede

⁸⁶ DOEK, J.E., *l.c.*, 217.

⁸⁷ ROOD-DE BOER, M., *l.c.*, 1984, 1282.

⁸⁸ H.R., 21 maart 1986, *N.J.*, 1986, 2203, nr. 586.

⁸⁹ Ktr. Tilburg, 28 december 1984; Ktr. Amsterdam, 14 februari 1985; Ktr. Hilversum, 24 april 1985, alle aangehaald bij ROOD-DE BOER, M., «Kantonrechters, buitenhuwelijkse samenlevingen en ouderlijke macht», *F.J.R.*, 1985, 146; ROOD-DE BOER, M., *l.c.*, 1984, 1282.

⁹⁰ Ktr. Eindhoven, 26 juli 1984, aangehaald bij DOEK, J.E., «Gezamenlijke ouderlijke macht ook voor ongehuwden?», *F.J.R.*, 1985, 63. Zie ook de door de advocaat-generaal MOLTMAKER in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad van 21 maart 1986 aangehaalde rechtspraak, *N.J.*, 1986, 2194.

⁹¹ H.R., 21 maart 1986, *N.J.*, 1986, 2185, nr. 585.

⁸² HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, W.C.E., «Ouderlijk gezag na echtscheiding», *W.P.N.R.*, 1984, 621.

⁸³ DOEK, J.E., *l.c.*, 214-215; JANSSEN, I., «Over afstamming en ouderrechten», *N.J.B.*, 1985, 210-211.

⁸⁴ H.R., 21 maart 1986, *N.J.*, 1986, 2209, nr. 587.

⁸⁵ JANSSEN, I., *l.c.*, 1984, 147.

onderlinge verstandhouding bestaat die vereist is voor gezamenlijke uitoefening van het gezag, alsmede voor het in onderling overleg voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind», en dat «het belang van het kind zich daartegen niet verzet».

De Hoge Raad komt tot dit besluit na tevergeefs te hebben gezocht naar een voldoende rechtvaardiging om aan ongehuwde ouders die in staat zijn in goede onderlinge verstandhouding hun natuurlijke kinderen op te voeden, de ouderlijke macht te ontzeggen, dit terwijl deze ouderlijke macht wel toekomt aan gehuwde ouders bij wie de goede onderlinge verstandhouding wordt vermoed.

In een arrest van dezelfde datum⁹² heeft de Hoge Raad op vordering van de adv.-gen. Moltmaker verduidelijkt dat de duurzame beëindiging van de samenwoning van de nimmer gehuwde ouders op zich geen reden tot beëindiging van de ouderlijke macht uitmaakt.

26. Ten slotte moet worden gewezen op een nog steeds hangend wetsvoorstel van 20 mei 1986 tot nadere regeling van de ouderlijke zorg voor minderjarige kinderen en van de omgang⁹³. Overeenkomstig dit wetsvoorstel zal de oudervogdij in alle gevallen waarin zij thans bestaat (na overlijden van één ouder, na echtscheiding, bij ongehuwd ouderschap), worden afgeschaft. Gezamenlijke zorg na echtscheiding kan door de rechter op eensluidend verzoek van de ouders worden ingewilligd indien beide ouders dat wensen en er geen gegronde vrees bestaat dat bij de inwilliging de belangen van het kind worden verwaarloosd. De door de Hoge Raad vereiste goede onderlinge verstandhouding m.b.t. de opvoeding en verzorging van het kind wordt in het wetsvoorstel niet als voorwaarde tot inwilliging van het verzoek gesteld.

De gezamenlijke zorg voor ouders die nimmer met elkaar gehuwd zijn, ontstaat overeenkomstig het besproken wetsvoorstel door aantekening van het voornemen van de ouders daartoe in het voogdijregister, dit terwijl de Hoge Raad een rechterlijke beslissing vereiste. Voor de beëindiging van deze gezamenlijke zorg voorziet het wetsvoorstel wel de noodzaak van een rechterlijke beslissing, evenals voor het herkrijgen van de gezamenlijke zorg nadat deze voordien beëindigd werd.

B. Frankrijk

27. In Frankrijk werden de wetteksten i.v.m. het ouderlijke gezag nog maar eens⁹⁴⁻⁹⁵ gewijzigd door de wet van 22

juli 1987⁹⁶ en aangepast aan de rechtspraak van het Hof van Cassatie, dat beslist had dat «si en cas de divorce, le juge tenant compte des accords passés entre les époux veut confier conjointement la garde des enfants communs à leurs père et mère, il ne peut leur en confier alternativement la garde»⁹⁷.

Het Franse Hof van Cassatie aanvaardt dus de gezamenlijke hoede na echtscheiding, maar verwerpt even nadrukkelijk de afwisselende hoede na echtscheiding, en dit ongeacht de echtscheidingsvorm.

Minder duidelijk spreekt het Hof van Cassatie zich uit over de vraag of de gezamenlijke hoede het akkoord van de ouders vereist. Het Hof stelt alleen dat de rechter beslist, rekening houdend met de akkoorden gesloten tussen echtgenoten.

Het akkoord van de echtgenoten lijkt alleen bij echtscheiding door onderlinge toestemming een wettelijkheidsvereiste, bij de andere echtscheidingsvormen hooguit een opportuniteitsgegeven. Het akkoord van de ouders volstaat op zichzelf trouwens niet en moet door de rechter aan het belang van het kind getoetst worden⁹⁸.

28. De wet van 22 juli 1987 wijzigt niets aan het beginsel van de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag door gehuwde ouders⁹⁹, zonder onderscheid naargelang ze samenleven of feitelijk gescheiden zijn.

29. Na echtscheiding geldt het volgend nieuw artikel 287 C. Civ.: «Selon l'intérêt des enfants mineurs, l'autorité parentale est exercée¹⁰⁰ soit en commun par les deux parents après que le juge ait reçu leur avis, soit par l'un d'eux.

En cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, le juge indique le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle.»

30. Artikel 374 C. civ. vernieuwt de regeling van het ouderlijk gezag over buitenhuwelijkse kinderen.

In de regel oefent, zoals vroeger, de erkennende ouder of de moeder, in geval van erkenning door vader en moeder, het ouderlijk gezag uit (art. 374, lid 1, C. civ.). Maar geza-

⁹⁶ J.O., 24 juli 1987, p. 8253. Zie RAYMOND, G., «De la réalité de l'absence du couple conjugal à la fiction de l'unité du couple parental. Commentaire de la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987», J.C.P., 1987, I, 3299.

⁹⁷ Cass. fr., 2 mei 1984, J.C.P., 1985, II, 20412, noot A. DEKEUWER; vgl. Cass. fr., 21 maart 1983, J.C.P., 1984, II, 20163, noot A. DEKEUWER (dat het gezamenlijk bestuur na echtscheiding niet strijdig met de wet oordeelde); MAGUIN, N., «A propos de la garde conjointe des enfants de parents divorcés», D., 1983, Chr., XX, 111-118. Zie ook Cass. fr., 20 november 1985, Bull. Civ., II, nr. 174; Cass. fr., 4 maart 1987, Bull. Civ., II, nr. 61; CLAUX, FEYDAN, ROBINEAU, «Autorité parentale conjointe», Gaz. Pal., 1981, 2, Doctr., 363.

⁹⁸ DEKEUWER, A., gecit. noot, J.C.P., 1984, II, 20163: «Le pacte entre époux n'est ni suffisant, ni même nécessaire...»

⁹⁹ Art. 373 C. civ. Met mogelijkheid tot afzonderlijk handelen voor de dagelijkse handelingen; zie art. 372-2-2 C. civ.: «A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des époux est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant.»

¹⁰⁰ Het vage begrip «(confier) la garde» verdwijnt uit het Franse B.W. Art. 373-2 C. civ. vormt nu eigenlijk een bijna overbodige herhaling van art. 287 C. civ. (terwijl het vroeger bepaalde dat degene aan wie de hoede toevertrouwd werd, het ouderlijk gezag uitoefende).

⁹² H.R., 21 maart 1986, N.J., 1986, 2212, nr. 588.

⁹³ DE LANGEN, M., «Kinderen zijn ouders een zorg», N.J.B., 1986, 1385; HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, W., «Ouderlijke macht, zorg en voogdij», F.J.R., 1986, 150; VAN VLIET, F., «Afstamming en ouderlijke zorg: wie niet zaait, zal niet oogsten?», N.J.B., 1987, 814; WORTMANN, S., «Wetsvoorstel nadere regeling ouderlijke zorg en omgang», F.J.R., 1986, 139; WORTMANN, S., «Stand van zaken met betrekking tot aanhangige en in voorbereiding zijnde regelgeving alsmede van nota's en rapporten op het terrein van het personen- en familierecht», F.J.K., 1987, 106.

⁹⁴⁻⁹⁵ Voordien waren er de wet van 4 juni 1970 op het ouderlijk gezag, de wet van 5 juli 1974 die de meerderjarigheid op 18 jaar bracht, de wet van 11 juli 1975 op de echtscheiding en de wet van 23 december 1985 op de gelijkheid tussen echtgenoten.

menlijke uitoefening van het ouderlijk gezag is mogelijk via een van volgende twee procedures, een contentieuze en een niet-contentieuze:

1) «L'autorité parenté peut être exercée en commun par les deux parents s'ils en font la *déclaration conjointe* devant le juge des tutelles.»

2) «A la demande du père ou de la mère ou du ministère public, le juge aux affaires matrimoniales peut modifier les conditions d'exercice de l'autorité parentale et décider qu'elle sera exercée soit par l'un des deux parents, soit en commun par le père et la mère, il indique, dans ce cas, le parent chez lequel l'enfant a sa résidence habituelle» (art. 374, 2e en 3e lid, C. civ.)¹⁰¹.

31. Terwijl de Franse wetgeving vroeger bepaalde dat na echtscheiding het ouderlijk gezag werd uitgeoefend door de ouder aan wie de hoede over het kind was toevertrouwd, kan voortaan de rechter de uitoefening van het ouderlijk gezag toevertrouwen aan beide ouders gezamenlijk of aan één ouder, zonder dat de wetgever een voorkeur voor één van beide formules laat blijken¹⁰².

De gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag wordt wel aan twee voorwaarden onderworpen:

1) de rechter moet vooraf het advies van de ouders inwinnen. Het akkoord van de ouders is dus niet vereist¹⁰³, al is men het erover eens dat het beslissen tot een gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, tegen de wil van één van de ouders in, zeer uitzonderlijk moet blijven;

2) de rechter moet aanduiden bij welke ouder het kind zijn gewoontelijke verblijfplaats zal hebben. Deze bepaling heeft tot doel de wettelijke erkenning van de afwisselende hoede uit te sluiten, maar belet niet dat het kind in feite ook min of meer vaak bij de andere ouder verblijft¹⁰⁴. Van bezoekrecht is er in geval van gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag geen sprake, maar de ouder bij wie het kind niet gewoonlijk verblijft moet in zijn onderhoud en opvoeding bijdragen naar verhouding van zijn inkomsten én die van de andere ouder (art. 288, laatste lid, C. civ.)¹⁰⁵.

Verder gaat de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag na echtscheiding, zoals deze tijdens het huwelijk, gepaard met de volgende twee «praktische» nuanceringen:

a) Indien de ouders niet akkoord raken over de te nemen

beslissing, moeten zij zich houden aan de door hen vroeger in gelijksoortige gevallen gevolgde praktijk. Indien een dergelijke praktijk niet bestond of betwist wordt, kan ieder van hen de zaak voor de rechter (juge des tutelles) brengen die beslist na een verzoeningspoging (art. 372-1 C. civ.).

b) T.a.v. derden te goeder trouw wordt iedere ouder vermoed te handelen met het akkoord van de andere wanneer hij alleen een gebruikelijke handeling (acte usuel) i.v.m. de persoon van het kind verricht (art. 372-2 C. civ.).

Verwacht wordt wel dat deze twee regels tot meer moeilijkheden aanleiding zullen geven indien de ouders gescheiden leven¹⁰⁶.

32. De gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag over een buitenhuwelijks kind kan, zoals vroeger, aan de rechter¹⁰⁷ gevraagd worden door vader, moeder of openbaar ministerie (art. 374, 3e lid, C. civ.). Nieuw is dat de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag ook mogelijk wordt na gezamenlijke verklaring van de ongehuwde ouders voor de rechter¹⁰⁸; deze registreert alleen.

33. *Besluit*. Op het eerste gezicht lijkt de Franse wetgeving m.b.t. de uitoefening van het ouderlijk gezag zeer verschillend van — vaak zelfs tegengesteld aan — de Belgische wetgeving ter zake.

Nergens wordt — wettelijk — onderscheid gemaakt tussen samenlevende en niet-samenlevende ouders.

Gehuwde ouders oefenen gezamenlijk het ouderlijk gezag uit.

De ongehuwde moeder oefent alleen het ouderlijk gezag uit; gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag door ongehuwde ouders is slechts mogelijk na verklaring voor of beslissing van de rechter.

Na echtscheiding staan alleenbestuur door één ouder en gezamenlijk bestuur van beide ouders op gelijke voet; een beslissing van de rechter is vereist, eventueel in de vorm van homologatie van de overeenkomst tussen echtgenoten (na echtscheiding door onderlinge toestemming).

C. Duitsland

34. In Duitsland wordt het debat over co-ouderschap na echtscheiding sinds lang gevoerd.

De artikelen waarin juristen of psychologen hun mening, pro of contra, te kennen geven, zijn zeer talrijk¹⁰⁹.

¹⁰¹ Deze tweede mogelijkheid bestond vroeger reeds voor ongehuwde ouders.

¹⁰² Het eerst vermelden van de gezamenlijke uitoefening heeft allicht geen bijzondere (misschien een louter symbolische) betekenis.

¹⁰³ Dit blijkt niet alleen uit de tekst van de wet, maar ook uit de voorbereidende stukken, waarin o.m. verwezen wordt naar Cass. fr., 4 maart 1987, gecit., dat, in het belang van het kind, een gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag toeliet, niettegenstaande het ontbreken van een akkoord tussen de ouders; zie RAYMOND, G., o.c., J.C.P., 1987, I, 3299, nrs. 7 en 8.

¹⁰⁴ RAYMOND, G., o.c., nr. 8 en noot 21.

¹⁰⁵ De nieuwe wet van 1987 bevat ook een interessante innovatie ingeval de uitoefening van het ouderlijk gezag aan één ouder wordt toevertrouwd; de andere ouder bezit dan een bezoekrecht en een recht van toezicht dat wordt verijd, aangezien hij voortaan «doit être informé, en conséquence, des choix importants relatifs à la vie de ces derniers» (art. 288 C. civ.). Op de ouder die het ouderlijk gezag uitoefent rust dus een informatieplicht, geen raadplegingsplicht (zie daarover RAYMOND, P., o.c., nrs. 11 en 12).

¹⁰⁶ RAYMOND, P., o.c., nr. 10. Maar deze opmerking geldt evenzeer in geval van feitelijke scheiding als na echtscheiding.

¹⁰⁷ Bevoegd is «le juge aux affaires matrimoniales»; de ouder bij wie het kind gewoonlijk verblijft moet aangewezen worden. De vader kan ook vragen aan hem alleen, i.p.v. aan de moeder, de uitoefening van het ouderlijk gezag toe te vertrouwen.

¹⁰⁸ Bevoegd is de «juge des tutelles» (± vrederechter). Even werd gedacht aan een verklaring voor de ambtenaar van de burgerlijke stand!

¹⁰⁹ Zie o.m. EVANS V. KRBK, F. Sq., «Gemeinsamer elterliche Gewalt über das Kind nach der Scheidung», *FamR.Z.*, 1977, 371-373; DIEDERICHSEN, U., «Zur Reform des Eltern-Kind Verhältnisses», *FamR.Z.*, 1978, 461-473; FEHMEL, H.W., «Gemeinsames elterliches Sorgerecht nach der Scheidung?», *FamR.Z.*, 1979, 380-381; FEHMEL, H.W., «Ist das Verbot des gemeinsamen elterlichen Sorgerechts nach der Scheidung verfassungswürdig?», *FamR.Z.*, 1980, 758-761; DIECKMANN, A., «Fragwürdige Begründungen im Streit um die Verfassungsgemässe Ausschluss des gemeinsamen

De wetgeving i.v.m. het ouderlijk gezag werd er herhaaldelijk gewijzigd, door de wetten van 27 juni 1957 (op de gelijkheid van man en vrouw), 14 juni 1976 (op de echtscheiding) en 18 juli 1979. Vooral deze laatste wet («Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge») zorgde voor de nodige opschudding door zeer uitdrukkelijk te stellen dat na echtscheiding het ouderlijk gezag toegewezen moest worden aan één echtgenoot (§ 1671, al. 4, B.G.B.)¹¹⁰.

De wetgever kwam tussenbeide op een ogenblik dat meer en meer rechtbanken gewonnen waren voor een gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag na echtscheiding¹¹¹.

35. Nadat eerst het «Kammergericht» van Berlijn had geweigerd de nieuwe § 1671, al. 4, B.G.B. toe te passen¹¹², diende het Grondwettelijk Hof te Karlsruhe zich, op vraag van vier kantonrechters, uit te spreken over de grondwettigheid van het bewuste artikel.

In zijn beslissing van 3 november 1982¹¹³ verklaart het Hof, § 1671, al. 4, B.G.B. strijdig met art. 6.2 van de Duitse Grondwet, luidens hetwelk het recht de kinderen op te voeden een natuurlijk recht is dat aan beide ouders toebehoort. Het absoluut verbod van de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag na echtscheiding is een niet geoorloofde inmenging van de Staat in de rechten door de Grondwet aan de ouders toegekend.

Argumenten als zou de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag van het kind geen stabiele opvoeding kunnen waarborgen en vaak door de ouders voorgesteld worden om hun onenigheid te verdoezelen en de echtscheiding te bespoedigen, worden als niet voldoende beschouwd om

co-ouderschap na echtscheiding zonder meer uit te sluiten; deze uitsluiting zou een onterechte sanctie vormen voor ouders te goeder trouw.

Het Grondwettelijk Hof preciseert wel dat de gezamenlijke hoede de uitzondering moet blijven en maakt ze afhankelijk van de vervulling van volgende drie voorwaarden: 1) *beide ouders wensen* na echtscheiding het ouderlijk gezag gezamenlijk uit te oefenen; 2) beide ouders zijn, na echtscheiding, in staat het kind op te voeden; 3) geen enkele reden, in het belang van het kind, pleit ervoor de uitoefening van het ouderlijk gezag aan één ouder toe te vertrouwen.

36. De meest recente Duitse rechtspraak schijnt zich strikt aan de algemene voorwaarden door het Hof geformuleerd te houden¹¹⁴.

Zo is een gezamenlijk bestuur na echtscheiding uitgesloten als één van de ouders het alleenbestuur wenst¹¹⁵.

Maar zelfs al wordt een gezamenlijk bestuur door beide ouders voorgesteld, dan blijft een gerechtelijke toetsing aan het belang van het kind noodzakelijk, want een niet aangepast gezamenlijk bestuur na echtscheiding is een groter gevaar voor het belang van het kind, dan een alleenbestuur¹¹⁶.

Steeds moet uitgegaan worden van het belang van het kind, niet van het recht van de ouders¹¹⁷.

D. Engeland

37. Het verlenen van «split» en later ook van «joint orders» m.b.t. het bestuur over de persoon van het kind is voor de Engelse rechters al vrij niets nieuws meer¹¹⁸.

Sorgerechts geschiedener Eltern», *FamR.Z.*, 1982, 118-122; SCHMIDT-RÄNTSCH, G., «Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern — keine Gesetzgeberischen Massnahmen», *FamR.Z.*, 1983, 17-19; KNOPFEL, G., «Zum gemeinsamen Sorgerecht der Eltern nach Scheidung», *N.J.W.*, 1983, 905-912; zie ook PALANDT/DIEDERICHSEN, *B.G.B.*, (40e uitg., C.H. Beck München), § 1671.

Vanuit psychologisch oogpunt: FTHENAKIS, «Gemeinsame Sorge nach der Scheidung», in REMSCHMIDT, *Kinderpsychiatrie und Familienrecht*, Stuttgart, 1984, 36-54; JOPT, U.J., «Nacheheliche Elternschaft und Kinderswohl — Plädoyer für das gemeinsame Sorgerecht als anzustrebenden Regelfall», *FamR.Z.*, 1987, 875-885.

Voor een duidelijk overzicht van voor- en nadelen, zie AmtsG. Arnberg, 11 september 1986, *FamR.Z.*, 1986, 1145-1148.

¹¹⁰ Bij de beslissing van de familierechtsbank is het belang van het kind doorslaggevend. In het belang van het kind kan van het gemeenschappelijk voorstel van de ouders afgeweken worden (§ 1671, al. 2 en 3).

§ 1671 geldt ook in geval van niet kortstondige feitelijke scheiding (zie § 1671 B.G.B.).

Gehuwde samenlevende ouders oefenen het ouderlijk gezag in beginsel gezamenlijk uit. Indien ze niet tot overeenstemming komen wijst de rechter de ouder aan die mag beslissen (§ 1627-1628 B.G.B.).

Het buitenhuwelijks kind staat onder ouderlijk gezag van zijn moeder (§ 1705 B.G.B.), behoudens «Legitimation» (§ 1719 B.G.B.) of «Ehelicherklärung» (§ 1738 B.G.B.).

¹¹¹ BRAND, E., «La garde conjointe en République fédérale d'Allemagne», *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1984, 393, en de verwijzingen aldaar. Het vroegere § 1671 B.G.B. sloot een dergelijke interpretatie, in het belang van het kind, niet uit.

¹¹² Kammergericht, 28 mei 1980, *N.J.W.*, 1980, 2419.

¹¹³ *FamR.Z.*, 1982, 1179-1184.

¹¹⁴ Zie bv. AmtsG. Arnberg, gecit.; O.L.G. Karlsruhe, 8 oktober 1986, *FamR.Z.*, 1987, 89; O.L.G. Bamberg, 23 februari 1987, *FamR.Z.*, 1987, 509.

¹¹⁵ O.L.G. Karlsruhe, gecit.

¹¹⁶ O.L.G. Bamberg, gecit.

¹¹⁷ Vgl. AmtsG. Arnberg, gecit., meer bepaald *FamR.Z.*, 1986, 1147: «Es gehört zum Kindeswohl dass die Eltern zu ihrem Recht kommen.»

¹¹⁸ De «parental rights and duties» worden door gehuwde ouders op concurrentiële wijze uitgeoefend. Enkel in een paar bij statuten bepaalde (gewichtige) gevallen, zoals huwelijk, adoptie en het verwijderen van het kind buiten het United Kingdom, dienen de ouders gezamenlijk te beslissen. Indien een der ouders de beslissing van de andere niet in het belang van het kind acht, kan hij de zaak voorleggen aan een magistrate's court.

Er zij opgemerkt dat naar Engels recht alle problemen m.b.t. ouderlijk gezag zich hoofdzakelijk toespitsen op de rechten en plichten m.b.t. de persoon van de kinderen. Voor het beheer van de goederen van de minderjarige wordt hoofdzakelijk een beroep gedaan op de rechtsfiguur van de trust.

De ongehuwde vader heeft niet automatisch het ouderlijk gezag over zijn natuurlijke kinderen. Tot vóór de Family Law Reform Act van 1987 bezat de natuurlijke moeder de exclusieve ouderlijke macht, en kon de vader «custody and access» (custody hier in de zin van materiële bewaring) vragen aan de rechtbank. Door de vermelde wijziging van 1987 verkeert de natuurlijke vader in de mogelijkheid om een «parental rights and duties order» te verzoeken, waardoor ook hij met de ouderlijke macht wordt bekleed, en de natuurlijke ouders op dezelfde wijze als de gehuwde ouders het gezag over hun kinderen uitoefenen.

Het opsplitsen van het ouderlijk gezag door de toekenning van het beslissingsrecht nopens dagelijkse problemen aan de ouder die het kind bij zich heeft («care and control») en van de bevoegdheid tot het nemen van de meer fundamentele beslissingen over de persoon van het kind aan de andere ouder («custody»), vond zijn oorsprong in de bedoeling de aan de echtscheiding «schuld» dragende moeder te «straffen» door haar het recht te onttrekken haar kinderen bij zich te houden, ten voordele van de «unimpeachable father». Gezien de praktische moeilijkheden die daardoor voor de werkende vader rezen, trachtte men hetzelfde («straf»)effect te bereiken door het verlenen van vermeld «split order», met «care and control» voor de moeder en «custody» voor de vader¹¹⁹.

38. Later¹²⁰ kregen dergelijke beslissingen een minder pejoratieve grondslag en hadden ze de bedoeling te vermijden dat één ouder door de echtscheiding uitgesloten zou worden uit de ouderlijke macht. Op het ogenblik dat in de zaak *Dipper v. Dipper*¹²¹ de tot dan aanvaarde draagwijdte van een «split order», nl. dat de ouder met custody inzake de fundamentele beslissingen de doorslaggevende beslissingsmacht heeft, werd terzijde gesteld — waar the Court of Appeal besliste dat de ouder met «care and control» tevens inspraak heeft en bij onenigheid tussen de ouders de rechter beslist in het belang van het kind¹²² — werd het verlenen van split orders reeds volop achterwege gelaten en werden meer en meer «joint orders» gemaakt¹²³.

Krachtens deze beslissingen wordt «custody» toevertrouwd aan beide ouders gezamenlijk en «care and control» aan één van hen. Hetzelfde resultaat wordt bereikt door het toekennen van «care and control» aan één ouder en door een beslissing over «custody» achterwege te laten¹²⁴.

Toch worden split orders soms nog nuttig geacht, zoals in *Jane v. Jane*¹²⁵. In deze zaak werd «care and control» toegekend aan de moeder die als getuige van Jehovah niet met een bloedtransfusie kon instemmen en «custody» aan de vader teneinde het hem mogelijk te maken alleen toe te stemmen in de medische behandeling van het kind, zo dit noodzakelijk zou zijn.

39. Het criterium dat bij de beslissing tot het verlenen van hetzij een «sole custody order», hetzij een «joint custody order» van doorslaggevend belang is, betreft «the welfare of the child». Aanvankelijk was de rechtspraak van

oordeel dat een «joint order» enkel met het belang van het kind kon overeenstemmen indien kon worden verwacht dat de ouders in staat zouden zijn samen te werken m.b.t. de opvoeding van het kind¹²⁶.

Deze stelling werd verlaten in de zaak *Caffell v. Caffell*¹²⁷. In deze zaak bestond er geen redelijke verwachting van samenwerking tussen de ouders, doch werd niettemin een «joint order» verleend met de motivering dat een «joint order» nuttig kon zijn tot erkenning van de verantwoordelijkheid van de ouder die niet de materiële bewaring van het kind had toebedeeld gekregen, en dat de beslissing op een of andere manier de bittere en gespannen verhouding tussen de ouders zou kunnen wijzigen in positieve zin.

In elk geval blijft de graad van vijandigheid tussen de ouders een belangrijke factor bij de beslissing over het al dan niet verlenen van een «joint order»¹²⁸.

40. Beslissingen m.b.t. het bestuur over de persoon (en de goederen) van het kind kunnen in het kader van verschillende procedures door verschillende rechtbanken genomen worden.

Overeenkomstig artikel 42 van de *Matrimonial Causes Act* van 1973 kan de *divorce county court*¹²⁹ die geadieerd is in een procedure inzake echtscheiding, gerechtelijke scheiding of nietigverklaring van het huwelijk, «make such order as it thinks fit for the custody or education of any child of the family». Rechtspraak en rechtsleer zijn het erover eens dat de term «custody» hier in zijn ruime betekenis¹³⁰ dient te worden geïnterpreteerd. De formulering van artikel 42 maakt het de rechtbank mogelijk een «joint order» te verlenen, indien zij dit opportuun acht, t.a.v. elk kind van het gezin dat als dusdanig behandeld wordt¹³¹.

Wanneer een der echtgenoten niet uit de echt wenst te scheiden, doch staande het huwelijk een vordering tot het verkrijgen van alimentatie instelt voor de *Magistrates' court*, is deze rechtbank, overeenkomstig section 8 van de *Domestic proceedings and Magistrates' Courts Acts* van 1978 gehouden na te gaan of er tevens een beslissing dient te worden genomen m.b.t. «the legal custody and access» m.b.t. de minderjarige «children of the family». Met «legal custody» wordt in deze wet bedoeld alle ouderlijke rechten en plichten m.b.t. de persoon van het kind. Uit de formulering van het vermelde artikel 8 leidt men af dat de *magistrates' court* geen legal custody aan meer dan één persoon kan toekennen¹³². Evenwel wordt in de wet bepaald dat de rechtbank kan beslissen dat een der echtgenoten die

¹¹⁹ HOGGETT, B. en PEARL, D., *The Family Law and Society, Cases and materials*, Londen, Butterworths, 1987, 498.

¹²⁰ *Waheham v. Waheham* (1954) 1 All ER 434.

¹²¹ *Dipper v. Dipper* (1980) 2 All ER 722.

¹²² Deze beslissing deed de vraag rijzen, of er, gelet op de gepoënerde verplichting met de ouder met «care and control» te overleggen, nog wel een onderscheid bestaat tussen «sole custody» en «joint custody». Zie MAIDMENT, S., *Child custody and divorce*, Londen, Croom Helm, 1981, 27; The Law Commission, *Working Paper*, n° 96: *Family Law: Review of Child Law: custody*, Londen, 1986, p. 38.

¹²³ Joint orders komen voor vanaf de jaren zestig, bv. *Clissold v. Clissold* (1964), 108 Sol Jo 220; *S. v. S.* (1965) 109 Sol Jo 289. Zie BROMLEY, P.M. en LOWE, M.V., *Bromley's family law*, Londen, Butterworths, 1987, 295.

¹²⁴ *Re M (infants)* (1967) 3 All ER 1071.

¹²⁵ *Jane v. Jane* (1983) 4 FLR 712.

¹²⁶ *Jussa v. Jussa* (1972) 2 All ER 600.

¹²⁷ *Caffell v. Caffell* (1984) FLR 169.

¹²⁸ BROMLEY, P.M. en LOWE, M.V., *o.c.*, 333.

¹²⁹ Evenals de Family Division of the High Court waarnaar de county court complexe, moeilijke of zwaarwichtige zaken kan verwijzen. Zie BROMLEY, P.M. en LOWE, M.V., *o.c.*, 11-12.

¹³⁰ Custody in de ruime zin slaat op het geheel van bevoegdheden m.b.t. het onderwijs, de religie, de goederen en de algemene opvoeding van het kind. In de enge zin duidt het op de materiële bewaring van het kind. Zie BROMLEY, P.M. en LOWE, M.V., *o.c.*, 294.

¹³¹ De beslissingen m.b.t. de kinderen worden dus geenszins beperkt tot die kinderen die met beide ouders een biologische of juridische (cf. adoptie) band hebben. Pleegkinderen vallen echter niet onder het begrip «child of the family».

¹³² Zie MAIDMENT, S., *o.c.*, 258.

ouderlijke rechten en plichten, andere dan de materiële bewaring van het kind, zal behouden die de rechtbank aanduidt, en dat deze rechten en plichten gezamenlijk met de persoon aan wie de legal custody is toevertrouwd, zullen worden uitgeoefend. Aldus wordt hetzelfde resultaat als bij het verlenen van eigenlijke joint orders bereikt.

Iedere biologische ouder, gehuwd of ongehuwd, kan «custody or access» vorderen voor de *High Court, county court of magistrates' court overeenkomstig section 9 van the Guardianship of Minors Act van 1971*. Als eerste voorwaarde voor de inwilliging van de eis geldt het bewijs van het biologische ouderschap t.a.v. het kind. Wat het verlenen van joint orders betreft, kan worden verwezen naar wat daaromtrent m.b.t. de Domestic Proceedings and Magistrates' Court Act werd uiteengezet, gezien de problematiek dezelfde is.

Terecht ijvert de Law Commission¹³³ voor een duidelijkere en meer eenvormige terminologie wat betreft de bepaling van de bevoegdheden en plichten m.b.t. de persoon en de goederen van de kinderen.

Besluit

41. De rechtsvergelijking — en meer bepaald de arresten van de Nederlandse Hoge Raad en het Duitse Grondwettelijk Hof — leert ons dat de juridische erkenning van co-ouderschap niet langer op zich kan laten wachten: het verder bestaan van de ouderlijke verantwoordelijkheden in de persoon van beide ouders, ook wanneer die ouders niet (meer) samenleven, lijkt het uitgangspunt te moeten zijn.

42. De vraag is in hoeverre die erkenning gepaard moet gaan met een ingrijpen van de wetgever.

Een wettelijke regeling, zoals bv. in Frankrijk, is niet onmisbaar: meer en meer rechtbanken laten in België een gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag door niet samenlevende ouders toe: de rechter kan zelf ambtshalve of op verzoek van één ouder co-ouderschap opleggen of kan een voorstel uitgaande van beide ouders of een overeenkomst van beide ouders bekrachtigen. Co-ouderschap van gescheiden levende ouders blijft dan echter een uitzondering die een beslissing van de rechter of een overeenkomst van de ouders, in afwijking van de automatische geldende regels van alleenbestuur, vereist.

43. Een veel verdergaande oplossing is evenwel denkbaar, uitgaande van twee basisideeën:

1° inmenging van de rechter in het gezinsleven moet de uitzondering blijven, te meer daar de rechter in gezinsaanlegenheden vaak «overvraagd» wordt en voor een vrijwel onmogelijke opdracht wordt geplaatst;

2° in de persoon van het kind bestaat een grondrecht op opvoeding vanwege zijn beide ouders en in de persoon van ieder van beide ouders bestaat een grondrecht tot opvoeding van zijn kind.

Waarom van co-ouderschap niet de algemene regel maken¹³⁴? Dit veronderstelt dan wel een hele ommekeer in

onze Belgische wetgeving.

Eén grote hoofdregel kan geformuleerd worden: de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, zonder onderscheid tussen samenlevende en niet-samenlevende ouders. Voor samenlevende ouders komt de regel in de plaats van die van de concurrentiële uitoefening van het ouderlijk gezag en sluit aan bij de Nederlandse, Franse en Duitse wetgeving¹³⁵.

Voor niet-samenlevende ouders komt de regel in de plaats van die van het alleenbestuur van de ouder die de materiële of juridische bewaring heeft¹³⁶.

Duidelijkheidshalve kan de hoofdregel, naar Frans voorbeeld, aangevuld worden met een regel luidens welke de dagelijkse handelingen i.v.m. bestuur over persoon en goederen van het kind door ieder van beide samenlevende ouders of door de ouder (of de derde) bij wie het kind verblijft, kunnen worden verricht. Een dergelijke wettelijke precisering is echter niet onmisbaar¹³⁷, aangezien met de theorie van het stilzwijgend mandaat (aan de optredende ouder vanwege de andere ouder) een zelfde resultaat kan worden bereikt.

Zo de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag als hoofdregel wordt geformuleerd, worden de ouders zelf voor hun verantwoordelijkheid geplaatst: in beginsel regelen ze onderling verblijf en bezoek van de kinderen.

Er zij opgemerkt dat de voormelde regeling de afwisselende hoede niet als onmogelijk uitsluit.

44. De hoofdregel moet evenwel aangevuld worden met een bijkomende regel voor de in den beginne allicht nog talrijke gevallen dat ouders die het onderling oneens zijn, het ook niet eens kunnen worden i.v.m. bestuur over persoon en goederen van hun kinderen.

Op verzoek van een ouder¹³⁸ doet de rechter uitspraak wanneer er tussen de ouders onenigheid bestaat:

a) m.b.t. een welomschreven (niet-dagelijkse) handeling;

b) m.b.t. de uitoefening van het ouderlijk gezag in het algemeen: zo kan iedere ouder steeds vragen — ook in geval van niet samenleven — om alleen de juridische bewaring (bestuur), alleen de materiële bewaring (verblijf) of alleen beide te krijgen (met dan een bezoekrecht van de andere ouder)¹³⁹, zo hij om een of andere reden van oor-

parental: le maintien de plein droit de l'autorité parentale conjointe, et la saisine du juge seulement à la demande de l'un des parents», en p. 733: «Que les parents décident seuls tant qu'ils s'entendent, nous paraît réaliser au moins une substantielle économie de contentieux.»

¹³⁵ Alleen Engeland kent eveneens een vorm van concurrentiële uitoefening van het ouderlijk gezag.

¹³⁶ En sluit aan bij een o.i. *de lege lata* onverantwoorde strekking in de Belgische rechtsleer (zie boven nr. 13).

¹³⁷ En stelt het probleem van het moeilijke onderscheid tussen gewichtige en dagelijkse beslissingen.

¹³⁸ En o.i. niet van het openbaar ministerie, dat alleen kan optreden in het kader van het maatregelenrecht (artt. 36 e.v. W. Jeugdb.); met dien verstande dat het openbaar ministerie kan optreden als de onenigheid van de ouders tot een gevaarssituatie voor het kind leidt.

¹³⁹ De ouders kunnen ook bij overeenkomst afwijken van de hoofdregel, met dien verstande dat die overeenkomst te allen tijde door de rechter aan het belang van het kind kan worden getoetst.

¹³³ The Law Commission, o.c., p. 78.

¹³⁴ Vgl. RUBELLIN-DEVICHI, J., «Jurisprudence française en matière de droit civil, Personnes et droits de famille», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1987, 301: «La solution que nous croyons la seule susceptible d'éviter que l'enfant ne soit l'enjeu ou l'arme du conflit

deel is dat het gezamenlijk bestuur in strijd is met het belang van het kind.

45. De volgende argumenten kunnen ten nadele van het voormelde systeem van uitoefening van het ouderlijk worden ingeroepen. Allereerst kan men zich afvragen of het gezamenlijk bestuur het aantal vorderingen wegens onenigheid nopens de te nemen beslissing bij de jeugdrechtbank niet enorm zal verhogen. Gelet op het geringe aantal gevallen waarin de niet met de uitoefening van het ouderlijk gezag belaste ouder zich in het huidige systeem tot de jeugdrechtbank wendt teneinde op te komen tegen de beslissing van de andere ouder, en rekening houdend met de ervaring ter zake in de landen waar het ouderlijk gezag gezamenlijk wordt uitgeoefend, lijkt die vrees niet gegrond te zijn.

Bovendien rijst de vraag of een co-ouderschapsregeling niet enkel in zeer uitzonderlijke gevallen mogelijk is en of men ouders die liever niet te veel meer met elkaar worden geconfronteerd, niet overmatig belast door hen te verplichten met het oog op de gewichtige beslissingen m.b.t. de kinderen contact met elkaar te blijven houden.

46. Dat een succesvol en sereen beleefd co-ouderschap, ook na echtscheiding, niet zo'n zeldzaam fenomeen hoeft te zijn, mag blijken uit de Engelse praktijk waar in sommige rechtsgebieden tot 40% van alle custody orders, joint orders zijn¹⁴⁰, die zonder veel problemen worden nage-

¹⁴⁰ The Law Commission, Family Law, Review of child Law custody. Supplement to working paper, n° 96, *Custody law in practice in the Divorce and Domestic law*, 1986, p. 44.

leefd.

Wat betreft de voortdurende confrontatie van de ouders, kan worden opgemerkt dat dezen de nodige volwassenheid zouden moeten kunnen opbrengen om in te zien dat hun ouderlijke verantwoordelijkheden losstaan van hun interrelationele problemen en deze laatste overstijgen. Het komt aannemelijk voor dat bij de meeste ouders een minimale bereidheid tot wederzijds respect van het ouderschap van elk der ouders aanwezig is, dat, met de nodige aanmoediging, in het belang van het kind kan worden aangewend. In de gevallen waarin de ouders, vanuit een gebrek aan volwassenheid, het kind als speelbal en instrument bij het uitvechten van hun onderlinge haatgevoelens hanteren, blijft de mogelijkheid tot het inrichten van het alleenbestuur bestaan.

Zou het niet in het belang van het kind zijn te ondervinden dat het, ondanks het feit dat zijn ouders gescheiden leven, toch verder door hun beider zorg en aandacht gedragen blijft?

Prof. dr. J. GERLO
Docent R.U.Gent

A. WYLLEMAN
Navorser F.K.F.O.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 22 DECEMBER 1987

Voorzitter: de h. Screvens

Raadsheer-rapporteur: de h. D'Haenens

Advocaat-generaal: de h. Declercq

Cassatie — Voorziening van de burgerlijke partij — Betekening

Niet ontvankelijk is het cassatieberoep van de burgerlijke partij, als het exploot van de betekening ervan aan de verweerder ter griffie van het Hof is neergelegd na het verstrijken van de bij art. 420bis, tweede lid, Sv. bepaalde termijn.

De G. t/ M.

Gelet op het bestreden vonnis, op 26 maart 1987 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Dendermonde;

(...)

C. In zoverre de voorziening gericht is tegen de beslis-

sing op de civielrechtelijke vordering van eiser tegen verweerder:

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan niet blijkt dat de voorziening van eiser, burgerlijke partij, werd betekend aan verweerder;

Dat immers de stukken betreffende de betekening van de voorziening aan verweerder ter griffie van het Hof werden neergelegd op 13 oktober 1987, dit is meer dan twee maanden na inschrijving van de zaak op de algemene rol op 6 april 1987 en dus na het verstrijken van de bij artikel 420bis, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering bepaalde termijn;

Dat de voorziening mitsdien niet ontvankelijk is;

(...)

NOOT—Termijn inzake het bijbrengen van het bewijs van betekening van een cassatievoorziening

1. Overeenkomstig art. 418 Sv. moet de burgerlijke partij haar voorziening in cassatie laten betekenen aan de partij tegen wie ze gericht is.

Deze betekening is op straffe van niet-ontvankelijkheid van het rechtsmiddel voorgeschreven (Cass., 4 september

1973, *Arr. Cass.*, 1974, 6).

Hoewel art. 418 Sv. de betekening van de voorziening, waar deze noodzakelijk is, binnen een termijn van drie dagen, te rekenen vanaf de voorziening, wil doen plaatsvinden, is de naleving van deze termijn niet op straffe van nietigheid voorgeschreven (Declercq, R., *De rechtspleging voor het Hof van Cassatie*, 3e druk, 27).

2. Indien de eiser in cassatie een memorie met middelen wenst in te dienen dan moet hij daarvoor de door art. 420bis Sv. voorgeschreven termijn in acht nemen. De memorie moet namelijk op de griffie van het Hof binnengekomen zijn binnen twee maanden na de inschrijving van de zaak op de rol van het Hof.

Toch geldt deze termijn niet alleen voor de memorie, maar ook voor alle andere stukken die de eiser tot staving van zijn voorziening wil indienen (Declercq, R., «Het aanvoeren van cassatiemiddelen», in *Strafprocesrecht voor rechtspractici*, 9).

3. Eén van de stukken waarop de termijn van art. 420bis Sv. van toepassing is, betreft het bewijs van de betekening van de voorziening in cassatie aan de verweerder.

Het Hof moet immers kunnen nagaan of de door art. 418 Sv. vereiste betekening aan de partij tegen wie het cassatieberoep is aangetekend ook effectief heeft plaatsgehad.

Dat de voorziening van de burgerlijke partij, waarvan het bewijs van betekening aan de verweerder ter griffie van het Hof werd neergelegd na het verstrijken van de termijn van art. 420bis, tweede lid, Sv. onontvankelijk is, werd recent nog bevestigd door de cassatiearresten van 29 april 1986 (*Arr. Cass.*, 1985-86, nr. 531), 25 maart 1986 (*Arr. Cass.*, 1985-86, nr. 468) en 21 oktober 1986 (*Arr. Cass.*, 1986-87, nr. 104).

Het besproken arrest vormt bijgevolg een consequente voortzetting van deze rechtspraak.

Dirk Merckx

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 21 JANUARI 1988

Voorzitter: de h. Mahillon

Raadsheer-rapporteur: de h. Bosly

Advocaat-generaal: de h. Piret

Advocaten: mrs. Draps en Van Ommeslaghe

Ruilverkaveling — Opzegging van de pachter door de Nationale Landmaatschappij — Voorwaarden

Wanneer de Nationale Landmaatschappij aan de pachter van een goed opzegging heeft gedaan ten einde dit goed ter beschikking van het ruilverkavelingscomité te stellen (art. 57 van de wet van 22 juli 1970), behoeft de rechter bij wie een geschil over die opzegging is aangebracht, niet na te gaan of de opzegging noodzakelijk is om de ruilverkaveling tot stand te brengen en of zij is gedaan ten einde bij te dragen tot de verbetering van de agrarische structuur.

D. en J. t/ Nationale Landmaatschappij

Gelet op het bestreden vonnis, op 30 oktober 1986 in

hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Hoei;

(...)

Overwegende dat artikel 56 van de wet van 22 juli 1970, dat de voorwaarden vaststelt waaronder verweerder de landeigendommen verkrijgt, geen verband houdt met de in het middel aangevoerde grief, die de beoordelingsbevoegdheid van de rechter betreft om de geldigheid na te gaan van de opzegging aan de pachter voor de door verweerder verkregen goederen;

Dat het middel, in zoverre het is afgeleid uit schending van die wetsbepaling, niet ontvankelijk is;

Overwegende dat, voor het overige, uit de bewoordingen van artikel 57, tweede lid, van de wet van 22 juli 1970 blijkt dat de rechter, op het beroep van de pachter, dient na te gaan of de opzegging door de Nationale Landmaatschappij is gedaan met het doel, binnen de termijn en volgens de vormen van die wetsbepaling; dat dit artikel 57, tweede lid, enkel bepaalt dat de Nationale Landmaatschappij opzegging doet ten einde de goederen geheel of gedeeltelijk ter beschikking van het ruilverkavelingscomité te stellen, met een opzeggingstermijn van ten minste twee jaar, welke opzegging, op straffe van niet-bestaan, bij ter post aangetekende brief of bij gerechtsdeurwaardersexploot moet worden betekend;

Dat de rechter die op grond van die bepaling geadeerd is, niet behoeft na te gaan of de opzegging noodzakelijk is om de ruilverkaveling tot stand te brengen en of zij is gedaan ten einde bij te dragen tot de verbetering van de agrarische structuur;

Dat, ten deze, de rechter, na te hebben vastgesteld dat de opzegging regelmatig naar de vorm is gedaan met inachtneming van de opzeggingstermijn van twee jaar en de vormvereisten als vastgesteld in artikel 57 van de wet van 22 juli 1970, beslist dat de opzegging volledig haar grondslag vindt in het ter beschikking van het ruilverkavelingscomité stellen van alle beschikbaar geworden goederen van de eisers;

Dat hij aldus zijn beslissing verantwoordt zonder voormelde wetsbepaling te schenden;

Dat het middel faalt naar recht;

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 21 JANUARI 1988

Voorzitter: de h. Mahillon

Raadsheer-rapporteur: de h. Sace

Advocaat-generaal: de h. Piret

Advocaat: mr. Gérard

Koopman en daden van koophandel — Bewijs — Handelshuur

De verbintenis die voor een koopman voortvloeit uit het in huur nemen van een onroerend goed voor het drijven van zijn handel, is een handelsverbintenis. Het bewijs van het bestaan en van de omvang van die verbintenis kan worden geleverd overeenkomstig de algemene regel van art. 25 Kh.

L. en P. t/ Di G. en V.

Gelet op het bestreden vonnis op 17 september 1986 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Bergen;

(...)

Overwegende dat naar luid van artikel 2 van de wet van 15 december 1872, gewijzigd bij artikel 2 van de wet van 3 juni 1956, de wet als daad van koophandel aanmerkt elke verbintenis van kooplieden, om het even of zij slaat op onroerende of op roerende goederen, tenzij bewezen is dat zij een oorzaak heeft die vreemd is aan de koophandel; dat daaruit volgt dat de verbintenis die voor een koopman voortvloeit uit het in huur nemen van een onroerend goed voor het drijven van zijn handel een handelsverbintenis is; dat het bewijs van het bestaan en van de omvang van die verbintenis kan worden geleverd overeenkomstig de algemene regel van artikel 25 van bedoelde wet van 15 december 1872;

Overwegende dat het appelgerecht, door te oordelen dat het bewijs van de omvang van het krachtens zulke handelshuurovereenkomst verhuurde goed, overeenkomstig de regels van burgerlijk recht diende te worden geleverd, en inzonderheid door een begin van bewijs door geschrift, eventueel aangevuld door getuigenissen, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 21 JANUARI 1988

Voorzitter: de h. Mahillon

Raadsheer-rapporteur: mevr. Charlier

Advocaat-generaal: de h. Piret

Advocaten: mrs. Dassesse en De Bruyn

Merk — Overeenstemming tussen merk en teken

Om de «overeenstemming» in de zin van de artt. 3, 13, A, en 14, B, van de Benelux-Merkenwet te beoordelen moet de rechter de overeenstemming tussen het merk en het teken in hun geheel onderzoeken.

S.p.A. F. t/ N.V. C.

Gelet op het bestreden arrest, op 30 juni 1986 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 1 en 2 van de wet van 30 juni 1969 houdende goedkeuring van het Benelux-Verdrag inzake de warenmerken, en de bijlagen, van 19 maart 1962, en voor zoveel nodig van de artikelen 1, 2 van de wet van 8 augustus 1986 houdende goedkeuring van het Protocol, ondertekend te Brussel op 10 november 1983, houdende wijziging van de eenvormige Beneluxwet gevoegd bij het Beneluxverdrag inzake warenmerken van 19 maart 1962, 3, tweede lid, 13, A, 1°, 14, B, 1°, van de eenvormige Beneluxwet gevoegd bij het Beneluxverdrag inzake merken (voor zoveel nodig, zoals deze is gewijzigd bij artikel 1, A, van het Protocol van 10 november 1983) en 97

van de Grondwet,

doordat het arrest, ter afwijzing van de vorderingen van eiseres om voor recht te horen zeggen dat zij, door het gebruik van de benamingen «Roched'Or» en «Ferrero Roched'Or» te gebruiken voor een chocoladesnoepje, geen afbreuk doet aan de rechten van verweerster op het merk «Côte d'Or», en om, op tegenvordering, het depot van het Beneluxmerk nummer 387.268 «Ferrero Roched'Or» nietig te doen verklaren en door te halen en om aan verweerster verbod op te leggen, onder betaling van een dwangsom, de benaming «Roched'Or» voor ieder snoepgoed en chocolade-deprodukt te gebruiken, overweegt, enerzijds, nopens de benaming «Roched'Or», dat «de benamingen Roched'Or, Côte d'Or en Crocador» kenmerken van gelijkenis vertonen waardoor verwarring en associaties kunnen worden gewekt; dat de interpretatie van artikel 13, A, teleologisch en niet beperkend moet zijn; dat het doel ervan bestaat in de bescherming van een merk of een produkt dat als eerste op de markt is gekomen en waarmee achteraf de gelijkenis van enig element of het geheel van een ander merk of produkt bij de gewone consument verwarring kan doen ontstaan; dat het Benelux-Gerechtshof overigens heeft beslist dat de rechter bij de beoordeling van het woord 'overeenstemming', in de zin van de artikelen 3, 13, A, en 14, B, van de eenvormige wet inzake de warenmerken, de regel moet toepassen volgens welke 'er van overeenstemming tussen een merk en een teken sprake is, wanneer ... merk en teken, elk in zijn geheel en in onderling verband beschouwd, auditief, visueel of als dusdanig zodanige gelijkenis vertonen dat reeds daardoor associaties worden gewekt ...' en 'dat het niet voldoende is dat een woordmerk ... dat onderscheiden is, gecombineerd wordt met een woord ... opdat er geen overeenstemming meer zou bestaan»; daaruit volgt dat de eerste rechter terecht bij de vergelijking van de benaming Roched'Or met het merk Côte d'Or en het produkt Crocador en gelet op de bijzonderheden van de markt voor chocolade en snoepgoed, heeft vastgesteld dat «ongeacht een eventueel conceptueel verschil tussen die beide benamingen, zodanig verschil de auditieve en visuele overeenstemming niet kan opheffen»; dat het ten dezen van weinig belang is dat die vaststelling het gevolg is van een analytische of synthetische redenering en, anderzijds, nopens de benaming «Ferrero Roched'Or», «dat op grond van het voorgaande, redelijkerwijs niet kan worden betoogd dat door toevoeging van de naam Ferrero aan die van Roched'Or, die een namaking is van Côte d'Or en van Crocador, het gevaar voor verwarring niet meer zou bestaan, terwijl volgens de klanten het merk Côte d'Or verbonden is met de andere produkten Crocador, Pastador, Caodor; dat immers, door Ferrero en Roched'Or samen te voegen, de gelijkenis niet verdwijnt waardoor verwarring en associaties worden gewekt»;

terwijl het woord «overeenstemming» in de artikelen 3, tweede lid, 13, A, 1°, en 14, B, 1°, van de eenvormige Beneluxwet op de merken in die zin moet worden uitgelegd dat er van overeenstemming tussen een merk en een teken sprake is wanneer — mede gezien de bijzonderheden van het gegeven geval, met name het onderscheidend vermogen van het merk — merk en teken, elk in zijn geheel en in onderling verband beschouwd, auditief, visueel of begripsmatig zodanige gelijkenis vertonen dat reeds daardoor de mogelijkheid bestaat dat associaties tussen het teken en het

merk worden gewekt; hoewel de combinatie van een als onderscheiden beschouwd woordmerk, met een woord, een grafiek of een afbeelding, niet voldoende is om de overeenstemming tussen beide merken uit te sluiten, zodanige overeenstemming niet bestaat wanneer, door de combinatie van een ander teken met een als onderscheiden beschouwd woordmerk, de tekens niet zodanige gelijkenis vertonen dat daardoor associaties met het merk kunnen worden gewekt;

en terwijl, *eerste onderdeel*, de al dan niet overeenstemming tussen het merk en een teken aldus moet worden beoordeeld naar het merk in zijn geheel beschouwd; wanneer het, zoals ten dezen, gaat om merken (Côte d'Or, Crocdoor, Pastador, Caodor), die zijn samengesteld uit een wortelwoord en een achtervoegsel, de mate waarin de al dan niet overeenstemming van die merken met een ander teken (Roched'Or, Ferrero Roched'Or) noodzakelijk moet worden vastgesteld op grond van een globale of synthetische beoordeling van de in hun geheel beschouwde merken en tekens en niet van een analytische beoordeling van bepaalde elementen waaruit de in aanmerking genomen merken en tekens zijn samengesteld; het arrest, doordat het in dezelfde zin beslist als de eerste rechter, die heeft vastgesteld dat «ongeacht een eventueel conceptueel verschil tussen die benamingen (Roched'Or en Côte d'Or en Crocdoor), zodanig verschil de auditieve en visuele overeenstemming niet kan opheffen», daar het ten dezen van weinig belang is dat die vaststelling het gevolg is van een analytische of synthetische redenering», en op grond van diezelfde beschouwingen te beslissen «dat door 'Ferrero' en 'Roched'Or' samen te voegen de gelijkenis niet verdwijnt waardoor (bij iemand) verwarring en associaties worden gewekt», alle in het middel aangewezen bepalingen schendt, met uitzondering van artikel 97 van de Grondwet;

tweede onderdeel, het onderscheidend vermogen van een merk ertoe bijdraagt de mate te bepalen waarin het wordt beschermd, in die zin dat naargelang dat onderscheidend vermogen vermindert, er een grotere overeenstemming tussen het merk en een teken moet bestaan om te kunnen zeggen dat dit teken overeenstemming vertoont met het merk, in de zin van de artikelen 3, tweede lid, 13, A, 1°, en 14, B, 1°, van de eenvormige Beneluxwet op de merken; eiseres in haar appelconclusie had aangevoerd dat in de merken van de verweerster, waarop het geschil betrekking had, een banaal achtervoegsel «d'Or» voorkomt, dat op zichzelf zeer gewoon is of waarbij ten hoogste een beperkte bescherming te pas kwam, omdat het een hoedanigheid van het bewuste produkt uitdrukte, zodat het ging over merken die slechts in geringe mate beschermd waren, met het gevolg dat tussen die merken en het litigieuze teken een grotere overeenstemming moet bestaan om dit laatste teken als «overeenstemmend» te beschouwen, in de zin van de artikelen 3, tweede lid, 13, A, 1°, en 14, B, 1°, van de eenvormige Beneluxwet; het arrest, dat de overeenstemming tussen de merken van verweerster (Côte d'Or, Crocdoor, Pastador en Caodor) en de tekens van eiseres (Roched'Or, Crocdoor, Pastador en Caodor) en de tekens van eiseres (Roched'Or en Ferrero Roched'Or) in aanmerking neemt zonder rekening te houden met het geringe onderscheidend vermogen van de merken van verweerster, alle in het middel aangewezen wettelijke bepalingen schendt, met uitzondering van artikel 97 van de Grondwet; het althans geen antwoord verstrekt op voormeld middel van de appelconclusie van

eiseres, waarin wordt aangevoerd dat de merken van verweerster een gering onderscheidend vermogen vertonen, en dus niet regelmatig met redenen is omkleed (schending van artikel 97 van de Grondwet):

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het Benelux-Gerechtshof beslist dat, om de «overeenstemming» in de zin van de artikelen 3, 13, A, en 14, B, van de eenvormige wet op de warenmerken te beoordelen, de rechter moet rekening houden met de regel volgens welke «van overeenstemming tussen een merk en een teken sprake is wanneer, mede gezien de bijzonderheden van het gegeven geval, en met de onderscheidende kracht van het merk, merk en teken, elk in zijn geheel en in onderling verband beschouwd, auditief, visueel of als dusdanig zodanige gelijkenis vertonen dat reeds daardoor de mogelijkheid bestaat dat bij iemand die met het teken wordt geconfronteerd associaties tussen het teken en het merk worden gewekt»;

Overwegende dat de uitdrukking «merk en teken, als in zijn geheel beschouwd», in het Frans «la marque et le signe, considérés en soi», betekent dat de rechter, om de overeenstemming tussen het merk en het teken te beoordelen, ze globaal, dat wil zeggen in hun geheel, moet onderzoeken;

Overwegende dat het bestreden arrest oordeelt dat «de benamingen Roched'Or, Côte d'Or en Crocdoor» kenmerken van overeenstemming vertonen waardoor verwarring en associaties worden gewekt; dat de uitlegging van artikel 13, A, teleologisch en niet beperkend moet zijn; dat het doel ervan bestaat in de bescherming van een merk of een produkt, dat als eerste op de markt is gekomen, en met hetwelk de gelijkenis van enig element of het geheel van een ander merk of produkt bij de gewone consument verwarring kan doen ontstaan; dat de eerste rechter terecht, bij de vergelijking van de benaming Roched'Or met het merk Côte d'Or en het produkt Crocdoor en gelet op de bijzonderheden van de markt voor chocolade en snoepgoed, heeft vastgesteld dat ongeacht een eventueel conceptueel verschil tussen die beide benamingen, zodanig verschil de auditieve en visuele overeenstemming niet kan opheffen»; dat het arrest overigens vaststelt dat het beroepen vonnis de benaming Roched'Or «in zijn geheel» in aanmerking heeft genomen;

Dat uit die overwegingen volgt dat de appelrechters de litigieuze benamingen globaal hebben vergeleken, wat een wettige verantwoording oplevert voor de beslissing;

Dat de vermelding «dat het ten dezen van weinig belang is dat (de) vaststelling (van de overeenstemming) het gevolg is van een analytische of synthetische redenering» het globale karakter van die vergelijking niet in het gedrang brengt en enkel betrekking heeft op de wijze van redeneren van de eerste rechter; de analytische aard van een redenering niet belet dat het onderwerp in zijn geheel wordt onderzocht;

Dat dit onderdeel niet kan worden aangenomen;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat eiseres in haar appelconclusie aanvoerde dat «de merken van (verweerster) samengesteld waren uit een achtervoegsel waardoor een hoedanigheid van het bewuste produkt werd uitgedrukt, zodat zij, in de regel, in geringe mate werden beschermd, dat wil zeggen dat er een grotere overeenstemming moet bestaan tussen die merken en het litigieuze teken om dit als overeenstemmend te beschouwen in de zin van artikel 13, A, van de eenvormige

Beneluxwet; dat zulks ten dezen klaarblijkelijk niet het geval was, daar (eiseres) het achtervoegsel 'Or', waarvan het gebruik rechtmatig is, heeft toegevoegd aan het woord 'Roched', dat verschilt van de woorden 'Côte' en 'Croc', waaraan in de merken van (verweerster) het achtervoegsel 'd'Or' is gevoegd»;

Overwegende dat eiseres hiermee het hof van beroep wees op de gewoonte van het achtervoegsel «d'Or» in het merk van verweerster, en aan dat hof vroeg daarmee rekening te houden bij de beoordeling van de overeenstemming tussen dat merk en de litigieuze benamingen;

Dat zij aldus voor de appelrechters geen gewag heeft gemaakt van het onderscheidend vermogen van het merk, zodat de appelrechters zich daarover niet expliciet behoeften uit te spreken;

Dat het arrest erop wijst dat eiseres «aan de eerste rechter verwijt dat hij het gebruik van de benaming 'Roched'Or' heeft verboden, hoewel het achtervoegsel 'd'Or' op zichzelf zeer gewoon is»;

Dat het arrest, door bij een onaantastbare beoordeling, om de in het antwoord op het eerste onderdeel van het middel overgenomen redenen, te beslissen dat het beroepen vonnis moet worden bevestigd, de conclusie van eiseres nopens de gewoonte van vorenbedoeld achtervoegsel beantwoordt door ze impliciet maar zeker af te wijzen en geen enkele in dit onderdeel van het middel aangewezen wettelijke bepaling schendt;

Dat dit onderdeel niet kan worden aangenomen;
(...)

NOOT—Volgens het woordenboek *Eigentijds Nederlandse* betekent het woord globaal: ruw geschat, bij raming, begrotenderwijze. Het *Groot Woordenboek der Nederlandse Taal* vermeldt ook nog: 3. (in Belg. gall.) totaal.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 7 MAART 1988

Voorzitter: de h. Soetaert
Raadsheer-rapporteur: mevr. Baeté-Swinnen
Advocaat-generaal: de h. Lenaerts
Advocaat: mr. Houtekier

Ondernemingsraad — Beschermde werknemer — Ontslag — Ontslagvergoeding — Herplaatsing — Begrip — Nieuwe indienstneming

Het opnieuw in dienst nemen van een beschermde werknemer door de werkgever, na het verstrijken van de bij de wet bepaalde termijn voor zijn herplaatsing, doet het recht op de bijzondere ontslagvergoeding niet verloren gaan.

V.Z.W. D. t/ G.

Gelet op het bestreden arrest, op 3 april 1987 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;
(...)

Overwegende dat de werknemer bedoeld in artikel 21, § 7, van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie

van het bedrijfsleven, aanspraak op de in deze paragraaf bepaalde ontslagvergoeding heeft, wanneer hij niet binnen de gestelde termijn is herplaatst; dat het opnieuw in dienst treden van de werknemer, op grond van een nieuwe arbeidsovereenkomst, na die termijn, het recht op de ontslagvergoeding niet verloren doet gaan;

Dat uit de enkele omstandigheid dat verweerster de haar toekomende vergoeding vordert en het voorstel om opnieuw in dienst te worden genomen afwijst, en aldus van haar recht gebruik maakt, geen rechtsmisbruik kan worden afgeleid;

(...)

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 21 MAART 1988

Voorzitter: de h. Soetaert
Raadsheer-rapporteur: de h. Marchal
Advocaat-generaal: de h. Lenaerts
Advocaat: mr. De Bruyn

Arbeidsovereenkomst — Overeenkomst voor een bepaalde tijd — Begrip — Recht tot beëindiging vóór verstreken termijn

De arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd veronderstelt noodzakelijk de aanduiding in de overeenkomst van een bepaalde dag of van een gebeurtenis die zich op een bekende datum moet voordoen, waarna de partijen ontslagen zijn van hun wederzijdse verplichtingen, behoudens stilzwijgende verlenging.

Een dergelijke overeenkomst kan evenwel in de bij de wet bepaalde gevallen door elke partij vóór het verstrijken van de bedongen termijn worden beëindigd.

N.V. C. t/ De C. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 14 april 1987 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen (...) 7, 9 (...) van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten,

doordat het arrest oordeelt dat de arbeidsovereenkomst tussen eiseres en de rechtsvoorganger van de verweerders een contract voor een bepaalde tijd is, ten dezen tot 7 november 1994, en bijgevolg beslist dat de verweerders aanspraak kunnen maken op een vergoeding gelijk aan 24 maanden loon (artikel 40, § 1, van de wet van 3 juli 1978) wat betekent dat eiseres nog een vergoeding gelijk aan 21 maanden loon, of 1.384.059 frank, verschuldigd blijft, en eiseres tot alle kosten van het geding veroordeelt, zulks op grond dat bedoelde arbeidsovereenkomst, door de partijen «arbeidsovereenkomst voor een onbepaalde tijd met eindterm» genoemd, in artikel 2 bepaalt dat het van rechtswege een einde zal nemen op datum van 7 november 1994, «tenzij één van beide partijen vóór deze datum een einde aan het contract maakt volgens de wettelijke voorzieningen», en op grond dat: «het bepalen, op een klare en ondubbelzinnige wijze, van een datum waarop beide partijen met

zekerheid weten dat het contract een einde zal nemen, de essentie uitmaakt van een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd; men derhalve ook geen eindterm kan stellen aan arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd, aangezien men daardoor volkomen de natuur van deze arbeidsovereenkomst wijzigt, daar er dan geen sprake kan zijn van 'onbepaalde tijd', wanneer men met zekerheid het tijdstip kent waarop de arbeidsovereenkomst een einde zal nemen; het akkoord gesloten tussen partijen om op 7 november 1994 de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te beëindigen zonder opzegging, gesloten werd vóór de opzegging en derhalve nietig is»,

terwijl, eerste onderdeel, (...)

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd noodzakelijk de aanduiding in de overeenkomst veronderstelt van een bepaalde dag of van een gebeurtenis welke zich op een bekende datum moet voordoen, waarna de partijen van hun wederzijdse verplichtingen ontslagen zijn, behoudens stilzwijgende verlenging;

Dat een dergelijke overeenkomst evenwel in de bij de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalde gevallen door elke partij vóór het verstrijken van de bedongen termijn kan worden beëindigd;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat artikel 2 van de arbeidsovereenkomst bepaalt dat het contract voor een onbepaalde tijd «met eindterm» gesloten is en dat het van rechtswege op 7 november 1994 een einde zal nemen, tenzij een partij het contract vóór die datum «volgens de wettelijke voorzieningen» beëindigt;

Dat het arrest uit dit beding afleidt dat de arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd gesloten was;

Dat het arrest zodoende de aangewezen wetsbepalingen niet schendt;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

(...)

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 30 MEI 1988

Voorzitter-rapporteur: de h. Soetaert

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaat: mr. Binnemans

1. Dienstplicht — Aanvraag om uitstel of vrijlating — Hoge Militieraad — a) Bevoegdheid — b) Kostwinner — Inkomen van ouders — 2. Inkomstenbelastingen — Personen ten laste.

1. a) Wanneer de Hoge Militieraad op het beroep van de ingeschrevene kennis neemt van de ingediende aanvraag, met name om vrijlating, is hij bevoegd en verplicht om die aanvraag in feite te onderzoeken en in rechte aan alle wettelijke voorschriften van ontvankelijkheid en gegrondheid te toetsen, zonder enige evocatie en zonder enige mogelijkheid van terugwijzing naar de militieraad.

b) De Hoge Militieraad die kennis neemt van een beroep betreffende een aanvraag, met name om vrijlating moet het in aanmerking te nemen werkelijk inkomen van de ouders

van de aanvrager vaststellen aan de hand van alle regelmatig bijgebrachte bewijsmiddelen en niet alleen aan de hand van de stukken die aan de militieraad bekend waren op het tijdstip van diens uitspraak.

2. Personen die deel uitmaken van het gezin van de belastingplichtige en bezoldigingen genieten die voor deze bedrijfslasten uitmaken, kunnen niet als ten laste van de belastingplichtige worden gerekend. Dat geldt ook wanneer de belastingplichtige ten behoeve van het betrokken gezinslid sociale bijdragen betaalt m.b.t. een fictief loon.

A.

Gelet op de bestreden beslissing, op 21 maart 1988 door de Hoge Militieraad gewezen;
(...)

Over het tweede middel, gesteld als volgt: «De Hoge Militieraad had de bestreden beslissing van de Militieraad moeten vernietigen bij gebrek aan motivering en derhalve de zaak terugwijzen naar dezelfde militieraad hetzij de zaak tot zich trekken ingevolge zijn evocatierecht; wat hij evenmin heeft gedaan»;

Overwegende dat de Hoge Militieraad die op het beroep van de ingeschrevene kennis neemt van de ingediende aanvraag, met name om vrijlating, bevoegd en verplicht is om die aanvraag in feite te onderzoeken en in rechte aan alle wettelijke voorschriften van ontvankelijkheid en gegrondheid te toetsen, zonder enige evocatie en zonder enige mogelijkheid van terugwijzing naar de militieraad;

Dat het middel faalt naar recht;

(...)

Over het vijfde middel, gesteld als volgt: «De Hoge Militieraad had het inkomen dienen te bepalen op basis van de berekeningsnota welke voorhanden was op het ogenblik van de beschikking door de militieraad, aldus rekening houdend met de situatie bestaande in de maand januari waarin de aanvraag gebeurde; t.t.z. januari 1986 (Cass. 13.2.1984, RW 84/85, 1808). Dat inderdaad de Hoge Militieraad geen rekening vermocht te houden met de latere gevestigde fiscale aanslagen welke niet bekend waren op het moment dat de militieraad uitspraak deed». (...);

Overwegende dat de Hoge Militieraad die kennis neemt van een beroep betreffende een aanvraag met name om vrijlating, het in aanmerking te nemen werkelijk inkomen van de ouders van de aanvrager moet vaststellen aan de hand van alle regelmatig bijgebrachte bewijsmiddelen en niet alleen aan de hand van de stukken die aan de militieraad bekend waren op het tijdstip van diens uitspraak;

Dat het middel faalt naar recht;

Over het vierde, het zesde en het zevende middel, gesteld als volgt: «4. De Hoge Militieraad heeft ten onrechte bovenvermeld inkomen verhoogd met 75.914 fr. zijnde de sociale bijdragen betaald voor rekening van vertoger door diens vader en als bedrijfslasten afgetrokken om aldus het inkomen te bepalen als volgt:

basisinkomen	550.456 fr.
ten onrechte afgetrokken sociale bijdragen	75.914 fr.

kinderbijslag zoon Guido	106.498 fr.
kinderbijslag gehandicapte zoon Willy	71.030 fr.

totaal 788.210 fr.

Dat inderdaad de Militieraad niet het recht heeft eenzijdig bedrijfslasten uit de belastingaangifte te verwijderen aangezien alsdan de fiscale aanslag in zijn geheel zou moeten worden herbekeken. Dat vertoget het inderdaad er niet mee eens is dat de verliezer i.v.m. wateroverlast niet aftrekbaar werden gesteld terwijl hij het er evenmin mee eens is dat de zoon Mathieu als niet meer ten laste werd beschouwd. Dat juist daarom bezwaar werd ingediend tegen de ambtshalve aanslag van 17 oktober 1986.

6. Aangezien de Hoge Militieraad zich eveneens heeft vergist bij het vaststellen van het wettelijk toegelaten bedrag. Dat dit dient bepaald te worden als volgt:

basisbedrag	360.000 fr.
gehandicapte zoon Willy (2 × 90.000 fr.)	180.000 fr.
zoon Guido	106.498 fr.
zoon Mathieu (vertoger)	90.000 fr.

totaal 736.498 fr.

Dat evenwel de Hoge Militieraad heeft geweigerd de zoon Mathieu bovenvermeld als ten laste te aanvaarden en aldus het wettelijk toegelaten bedrag heeft bepaald op 630.000 fr. Dat het vertoger een raadsel is hoe dit bedrag werd bepaald op 630.000 fr. aangezien dit in elk geval zou dienen te worden bepaald op 646.498 fr. Dat de Hoge Militieraad ter verantwoording stelt dat krachtens art. 84 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen zoon Mathieu verwerpt als persoon ten laste omdat de vader de sociale bijdragen betaald voor deze zoon, als bedrijfslasten heeft afgetrokken. Dat vooreerst dient te worden gesteld dat de Hoge Militieraad ten onrechte de door de vader afgetrokken sociale bijdragen beschouwt als een bezoldiging van de zoon. Dat dit geenszins als een bezoldiging kan worden beschouwd welke een inkomen verschaft aan de zoon. Aangezien daarenboven art. 82, § 1, werd miskend, nl. dat vertoger geen bestaansmiddelen heeft van hoger dan 60.000 fr. Dat namelijk uit de informatie welke de controleur der directe belastingen heeft verstrekt aan de Hoge Militieraad, blijkt dat hij de bij de bedrijfslasten gevoegde sociale lasten voor de zoon niet in aanmerking heeft genomen voor het totaal aangegeven bedrag van 75.914 fr., doch heeft verminderd met 20% zonder dat dit evenwel blijkt uit de kennisgeving van aanslag van ambtswege en hiermee overigens tegenstrijdig is. Dat er m.a.w. een tegenstrijdigheid is tussen de aan de Hoge Militieraad verstrekte informatie en de kennisgeving van aanslag van ambtswege. 7. Dat overigens in de vorige aanslagen der directe belastingen vertoger inderdaad werd aangenomen als ten laste»:

Overwegende dat de Hoge Militieraad onder meer overweegt: «dat overeenkomstig artikel 84 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, de personen die deel uitmaken van het gezin van de belastingplichtige en die bezoldigingen genieten welke voor deze laatste bedrijfslasten zijn, niet als ten laste van die belastingplichtige mogen worden beschouwd; dat voormelde bepaling van toepassing is zodra de belastingplichtige enig bedrag aan bezoldigingen, werkelijk of fictief verleend aan zijn zoon die deel uitmaakt van zijn gezin, als bedrijfslasten aftrekt; dat uit de stukken van het dossier blijkt dat de sociale bijdragen voor de zoon

Mathieu van de belastingplichtige (75.914 fr.) slechts van de belastbare inkomsten mochten worden afgetrokken voor zover die sociale bijdragen als bezoldiging van de zoon konden worden beschouwd; dat overigens, in de veronderstelling dat deze sociale bijdragen voor de zoon Mathieu niet als bezoldiging in aanmerking werden genomen, en derhalve het wettelijk maximum met 90.000 fr. zou worden verhoogd voor een vierde persoon ten laste, dit wettelijk maximum dan op 736.498 fr. zou moeten worden bepaald en als dusdanig toch nog door het inkomen zou worden overtroffen dat, zelfs als men het door appellant voorgebrachte bedrag van 712.296 fr. in aanmerking zou mogen nemen (quod non), dan met 75.914 fr. zou moeten worden verhoogd (verhoging van de belastbare grondslag omdat de sociale bijdragen voor de zoon in deze hypothese niet aftrekbaar zijn) en 788.210 fr. zou bedragen; dat de bepalingen van artikel 84 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen deze van artikel 82 van hetzelfde wetboek niet tegenspreken doch aanvullen»;

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, niet blijkt dat eiser voor de Hoge Militieraad geconcludeerd heeft omtrent een aftrek wegens bedrijfsverlies door wateroverlast geleden door zijn vader;

Dat het vierde middel in zoverre het Hof zou nopen tot een onderzoek van feiten waarvoor het niet bevoegd is, en derhalve niet ontvankelijk is;

Overwegende dat uit de aangehaalde overwegingen van de beslissing blijkt dat de Hoge Militieraad enerzijds rekening houdt met de onderstelling dat eiser ten laste van zijn vader wordt gerekend en anderzijds met de onderstelling dat hij niet ten laste wordt gerekend, en in beide gevallen besluit tot een inkomen van de vader dat uitgaat boven het wettelijk maximum;

Dat de grief van «eenzijdigheid» of willekeur, aangevoerd in het vierde middel, feitelijke grondslag mist;

Overwegende dat het maximum toelaatbaar inkomen van 630.000 frank door de beslissing wordt aangenomen voor het jaar 1985, niet voor het jaar 1984;

Dat het zesde middel, dat de twee jaren verwart, in zoverre feitelijke grondslag mist;

Overwegende dat, volgens de beslissing, «uit de stukken van het dossier blijkt dat de sociale bijdragen voor de zoon Mathieu (eiser) van de belastingplichtige (75.914 fr.) slechts van de belastbare inkomsten mochten worden afgetrokken voor zover die sociale bijdragen als bezoldiging van de zoon konden worden beschouwd»;

Dat het zesde middel, dat de beslissing desaangaande niet aanvecht wegens miskenning van bewijskracht van de bedoelde stukken, opkomt tegen de onaantastbare beoordeling van feiten door de rechter en mitsdien in zoverre niet ontvankelijk is;

Overwegende dat personen die deel uitmaken van het gezin van de belastingplichtige en bezoldigingen genieten die voor deze bedrijfslasten uitmaken, krachtens artikel 84 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen niet als ten laste van de belastingplichtige kunnen worden gerekend; dat zulks ook geldt wanneer de belastingplichtige ten behoeve van het betrokken gezinslid sociale bijdragen betaalt met betrekking tot een fictief loon; dat artikel 82 van het genoemde wetboek daaraan niet afdoet;

Dat het vierde en het zesde middel, in zoverre zij het

tegendeel stellen, falen naar recht ;

Overwegende dat de beslissing niet vaststelt dat eiser geen bestaansmiddelen heeft hoger dan 60.000 frank ;

Dat het zesde middel, in zoverre, en ook het zevende middel het Hof zouden verplichten tot een onderzoek van feiten waarvoor het niet bevoegd is en mitsdien in zoverre niet ontvankelijk zijn ;

(...)

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER — 16 DECEMBER 1987

Voorzitter : mevr. de Man

Raadsheren : de hh. Frère en De Vel

Advocaten : mrs. Van Gelder loco Deprez en Jacobs loco Coveliers

Verzekering — Grove fout — Aan het verkeer deelnemen in euforische toestand

De bestuurder die, ofschoon niet dronken, noch verkerend in een toestand van strafbare alcoholemie, toch zodanig beneveld is dat hij niet in staat is om alert te kunnen reageren op een verkeerssituatie, begaat een grove fout in de zin van art. 16 Verzekeringswet.

N.V. M. t/ B.

Overwegende dat appellante de afwijzing nastreeft van de vordering van geïntimeerde, voor zoveel deze strekt tot uitkering van de met interesten en kosten te vermeerderen vergoeding eigen schade ten gevolge van het verkeersongeval dat zich op 3 november 1981 omstreeks 22 uur te Wilrijk voordeed en waarin haar wagen B.M.W., bestuurd door haar vriend J. F., volledig vernield werd — en zijzelf gewond ; (...)

dat, subsidiair, zij het gevorderd bedrag wenst herleid te zien ; dat geïntimeerde concludeert tot de bevestiging van het vonnis, waarin ook geacteerd is haar afstand van eis tot vergoeding van haar lichamelijke schade gesteund op een polis afgesloten door de bestuurder van haar wagen ;

Overwegende, dat om haar dekking te weigeren, appellante zich beroept op artikel 66 F van de algemene polisvoorwaarden waar volgens de waarborg van de verzekering voertuigschade niet geldt voor schade of ongeval te wijten aan opzet, zware fout of klaarblijkelijk roekeloze daad van de verzekeringnemer, de eigenaar, de bestuurder, de houder of de inzittenden van het voertuig ; dat bepaaldelijk een zware fout en/of roekeloze daad verweten wordt zowel aan de verzekeringneemster als aan de bestuurder van de wagen ;

Overwegende dat, volgens de gegevens van het strafdossier, F. uit de richting Mortsel gereden kwam, op het kruispunt van de Jules Moretuslei met de Boomse Steenweg door het rood verkeerslicht reed om zijn weg te vervolgen in de richting Hoboken en verder op het kruispunt in aanrijding kwam met een ander voertuig, dat komend van rechts uit de richting Antwerpen, het bewust kruispunt onder groen licht was opgereden ;

Overwegende dat verder uit het strafdossier blijkt dat er

twee personen met hun bromfiets voor bedoeld rood licht stonden te wachten en plots de personenwagen BMW achter hen doorgereden kwam en het rood licht zonder meer voorbijreed ;

Overwegende dat F., over het ongeval ondervraagd, op 3 november 1981 aan de verbalisanten verklaarde dat hij in gesprek was met geïntimeerde over zijn echtscheiding die die dag was uitgesproken en dat hij geen erg had gehad in de rode verkeerslichten daar hij zijn gedachten niet bij het verkeer had maar bij de echtscheiding ; dat geïntimeerde die een week later in het ziekenhuis verhoord werd, waar zij met een bekkenbreuk was opgenomen, verklaarde dat zij in de armen van haar vriend zat «dus vlak naast hem» ; dat haar vriend bijgevolg slechts één hand had om te besturen ; dat zij geen erg had gehad in de verkeerstekens, wel de auto had zien komen afrijden maar dacht dat hij geen gevaar voor hen zou opleveren ; dat zij verder verhaalde dat door de aanrijding zij nog meer tegen haar vriend gedrukt werd «alhoewel dat bijna niet meer kon daar ik bijna reeds op zijn schoot zat bij het rijden» ; dat daags na de feiten F. tegenover de onderzoeksrechter verwees naar zijn vorige verklaring, benadrukkend dat hij ietwat opgewonden was geweest omdat zijn echtscheiding juist was uitgesproken en hij in druk gesprek was met zijn vriendin ; dat hij toegaf het rode licht niet tijdig te hebben opgemerkt door verstrooidheid en discussie ; dat, ten slotte, hij zijn verklaring aan de verbalisanten ook bevestigde waar hij had gezegd dat hij rond 18 uur een drietal glazen bier (Duvel) had gedronken ;

Overwegende dat, met betrekking tot dit drankverbruik, de verbalisanten vaststelden dat F. naar drank rook en dat de ademtest die zij uitvoerden dan ook positief uitviel ; dat de ontleding van het bloedstaal uitwees dat het bloed een alcoholgehalte bevatte van 0,57 gr. pro mille, wat met terugrekening tegen een gemiddelde verbrandingsfactor van 0,08, een alcoholgehalte opleverde van 0,63 gr. per duizend ml op het ogenblik van de aanrijding ;

Overwegende dat de opgevorderde dokter, die ongeveer 40 minuten na de feiten ter plaatse kwam, bij zijn klinisch onderzoek vaststelde dat F. gedesoriënteerd was in de tijd, zijn mond pappig was, hij een lichte ataxie vertoonde en zijn lichtreflexen licht vertraagd waren ; dat hij hieruit het gevolg trok dat de betrokkene in staat van dronkenschap verkeerde ; dat tevens dient te worden vastgesteld dat F. de rekenproef totaal mislukte ;

Overwegende dat F. als gevolg van de aanrijding vervolgd werd wegens onopzettelijke slagen en verwondingen aan zijn vriendin toegebracht, het besturen van een voertuig op de openbare weg in staat van dronkenschap en veronachtzaming van het rode verkeerslicht ; dat hij voor het eerste en laatste feit veroordeeld werd maar van dronkenschap vrijgesproken werd ; dat het desbetreffende vonnis van de Correctionele Rechtbank te Antwerpen van 16 juni 1982 in kracht van gewijsde blijkt te zijn gegaan ;

Overwegende dat uit de symptomen die F. nog een veertigtal minuten na het ongeval vertoonde, waarbij dient te worden gevoegd het feit dat de rekenproef op erbarmelijke wijze mislukte (vgl. het stuk desaan gaande in het strafdossier), dient te worden besloten dat hij, ofschoon niet dronken noch in staat van strafbare alcoholemie verkerende, voldoende beneveld was om niet meer alert te kunnen reageren op de zich voordoende verkeerssituatie ; dat het on-

waarschijnlijk is dat zijn toestand iets te maken had met de schok (fysiek en emotioneel) door de aanrijding opgelopen;

Overwegende dat hij bovendien zijn vriendin zo dicht bij zich aangedrukt hield dat zij bijna op zijn schoot zat; dat ongetwijfeld hij in dit lichamelijk contact een zeker genoegen schepte en dat dient te worden aangenomen dat dit — samen met de gelukzaligheid die sproot uit de verkregen echtscheiding waarover zij spraken — heeft geleid tot een volslagen euforie die maakte dat hij de ontoereikende aandacht die hij nog voor het verkeer had, totaal verloor;

Overwegende dat F. ontegensprekelijk zonder zijn drankverbruik en zonder de euforie waarin hij zich bevond, het rode licht had opgemerkt te meer daar er reeds andere weggebruikers voor stonden te wachten;

Overwegende dat de aanrijding en de schadelijke gevolgen van dien dan ook niet anders uit te leggen zijn dan door de hier aan de kaak gestelde handelwijze van F.;

Overwegende dat laatstgenoemde een zware fout heeft begaan in de zin van artikel 16 van de Verzekeringwet;

Overwegende dat hij zich vrijwillig in bewuste toestand heeft gebracht en er zich rekenschap heeft van kunnen geven dat hij dit deed; dat hij wist of moest weten dat hij zodoende het verzekerde risico verzwaarde boven de voorzieningen in het contract;

Overwegende dat diensgevolge de verzekeraar bevrijd is van zijn verplichting de schade te vergoeden;

(...)

ARBEIDSHOF TE GENT AFDELING BRUGGE

5e KAMER — 22 APRIL 1988

Voorzitter: de h. Ampe

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Demyttenaere en Baertsoen

Substituut-generaal: de h. Dhaeyer

Advocaten: mrs. Sierens loco Lambrechts en Buyse

Werkloosheid — Recht op uitkeringen — Arbeid verrichten — Economisch ruilverkeer van goederen en diensten — Beeldhouwen

Beeldhouwen is een activiteit die ingeschakeld is in het economisch ruilverkeer van goederen en diensten dat niet beperkt is tot het gewone beheer van eigen bezit.

R.V.A. t/ T.

De eerste rechter motiveerde zijn vonnis met de volgende overwegingen:

— dat geïntimeerde vervolgd werd voor de Correctionele Rechtbank te K. ter zake van op 7 januari 1984 tot en met 29 februari 1984 bedrieglijk en op onrechtmatige wijze zijn controlekaart te hebben laten afstempelen althans geacht te worden bedrieglijk en op onrechtmatige wijze zijn controlekaart te hebben laten afstempelen door zich niet te gedragen naar de bepalingen van artikel 153, § 4, van het koninklijk besluit van 20 december 1963, doch bij vonnis van 19 november 1984, dat kracht van gewijsde heeft, werd vrijgesproken;

— dat uit het motiverend gedeelte van vermeld strafvonnis blijkt dat niet bewezen is dat geïntimeerde een kunstwerk wou verkopen voor 150.000 fr. en dat tentoonstellingen houden niet moet worden beschouwd als een bedrijfswerkzaamheid;

— dat de arbeidsrechtbank niet zonder het gezag van gewijsde van het strafvonnis te miskennen, de beslissing van de R.V.A. zou kunnen volgen, in zoverre deze stelt dat de artistieke activiteit van geïntimeerde is ingeschakeld in het economisch ruilverkeer van goederen en diensten en zich niet beperkt tot het gewone beheer van eigen bezit.

(...)

De redenering van appellant, dat het afwezig zijn van enig bedrieglijk opzet het nog mogelijk maakt een administratieve sanctie toe te passen op basis van artikel 195, kan niet worden gevolgd omdat de strafrechter tevens oordeelde dat het houden van tentoonstellingen niet moet worden beschouwd als een bedrijfswerkzaamheid, waaruit volgt dat geïntimeerde geen aangifte hoefde te doen en tevens dat het volgen van de stempelcontrole van 7 januari 1984 tot en met 29 februari 1984 rechtmatig was.

Evenwel heeft het vonnis van de strafrechter slechts gezag van gewijsde ten aanzien van de beoordelingselementen die noodzakelijk in aanmerking zijn genomen bij de uitspraak over de strafvordering (Vandermeersch, V., «De bevoegdheid en de beoordelingsvrijheid van de arbeidsgerechten ten aanzien van het strafrecht en het strafprocesrecht», R.W., 1984-85, 1336, nr. 10, *in fine*).

(...)

Als beoordelingselement nam de strafrechter niet in acht het feit dat geïntimeerde een nevenactiviteit van beeldhouwer uitoefent, door appellant ook in aanmerking genomen in zijn beslissing. Welnu, beeldhouwen is zonder twijfel een activiteit die ingeschakeld is in het economisch ruilverkeer van goederen en diensten die niet beperkt is tot het gewone beheer van eigen bezit (artikel 126, eerste lid, 2, b, van het koninklijk besluit van 20 december 1963). Bijgevolg diende geïntimeerde aangifte te doen van die activiteit, (...)

Evenwel heeft het vonnis van de strafrechter slechts gezag van gewijsde ten aanzien van de beoordelingselementen die noodzakelijk in aanmerking zijn genomen bij de uitspraak over de strafvordering (Vandermeersch, V., «De bevoegdheid en de beoordelingsvrijheid van de arbeidsgerechten ten aanzien van het strafrecht en het strafprocesrecht», R.W., 1984-85, 1336, nr. 10, *in fine*).

(...)

Als beoordelingselement nam de strafrechter niet in acht het feit dat geïntimeerde een nevenactiviteit van beeldhouwer uitoefent, door appellant ook in aanmerking genomen in zijn beslissing. Welnu, beeldhouwen is zonder twijfel een activiteit die ingeschakeld is in het economisch ruilverkeer van goederen en diensten die niet beperkt is tot het gewone beheer van eigen bezit (artikel 126, eerste lid, 2, b, van het koninklijk besluit van 20 december 1963). Bijgevolg diende geïntimeerde aangifte te doen van die activiteit, (...)

BURGERLIJKE RECHTBANK TE KORTRIJK

2e KAMER — 18 SEPTEMBER 1986

Rechter: de h. Van De Meulebroucke

Advocaten: mrs. Cuypers en Desplenter

Verbintenis — Niet-nakoming — Vreemde oorzaak — Overheidsmaatregel — Fout van de schuldenaar in de totstandkoming

Wanneer de huurder van een onroerend goed, met het oog op het plaatsen van reclameborden, van de gemeente geen vergunning krijgt voor het plaatsen van deze borden, is deze overheidsmaatregel te beschouwen als een vreemde oorzaak die de schuldenaar van zijn verbintenis bevrijdt, indien de maatregel een onoverkomelijke hinderpaal is voor de uitvoering van de verbintenis en indien er vanwege

de schuldenaar geen fout bijkomt in het ontstaan van de omstandigheden die deze hindernis hebben meegebracht.

Wanneer het beroep van de huurder bestaat in het maken van reclame en het plaatsen van reclameborden, moet hij als vakman weten dat er een overheidsreglementering bestaat op het aanbrengen van reclame op borden, en moet hij eveneens weten dat er per gemeente of per stad bijzondere voorschriften kunnen bestaan. In die omstandigheden kan de huurder het niet-verlenen van voornoemde vergunning niet als een vreemde oorzaak aanvoeren.

B. t/ D. en L.

1. Eiser werd door verweerders voor de eerste rechter gedagvaard tot betaling van een bedrag van 24.000 fr. wegens wanbetaling van het saldo van huurgelden over de periode 1983, met de rente ten bedrage van 2.040 fr. sedert de aanmaning van 17 april 1984, de gerechtelijke rente op 24.000 fr., en de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding.

Door de eerste rechter werd de oorspronkelijke eis grond verklaard.

2. Uit de gegevens van de zaak en aan de hand van de door partijen overgelegde stukken is gebleken dat zij op 18 februari 1982 een huurovereenkomst hebben gesloten, met het oog op het plaatsen van reclameborden door eiser, op het erf van verweerders, gelegen te (...), tegen een jaarlijkse huurprijs van 4 x 12.000 fr. voor de te plaatsen borden bedoeld als publicitaire afsluiting, en dit met aanvang op 1 januari 1983, voor de duur van drie jaar, met stilzwijgende huurhernieuwing.

Bij vergelijking van het contract in bezit van eiser, en dat overgelegd door verweerders, is gebleken, enerzijds dat de overeenkomst in het bezit van verweerders een jaarlijkse geïndexeerde huurprijs bepaalt van 12.000 fr., en anderzijds is er vermeld in het contract van eiser: «Bij niet stipte betaling vervallen alle rechten». Onder aan beide overgelegde contracten wordt vermeld: «mits met goedkeuring».

Voormeld goed was vroeger eigendom van D., die het om dezelfde doeleinden, blijkens geregistreerde huurovereenkomst, in huur gaf aan de P.V.B.A. B.

Krachtens artikel 4 van deze overeenkomst trad dit contract in werking vanaf het ogenblik dat de P.V.B.A. B. reclame aanbrengt op het gehuurde gebouw, doch uiterlijk één jaar na de ondertekening van het contract. Er werd een huurtermijn van negen jaar bepaald, en er was bedongen dat bij gebreke van opzegging een stilzwijgende huurhernieuwing van dezelfde termijn zou plaatshebben. Er was eveneens overeengekomen dat bij verkoop van het goed het contract zou worden geannuleerd.

Verweerders kochten dit goed van D. en via hun raadsman gingen zij met de P.V.B.A. B. akkoord nopens een huurprijs van 15.000 fr. in 1979, en van 20.000 fr. vanaf 1980 jaarlijks, zodat een nieuwe huurovereenkomst tussen verweerders en de P.V.B.A. B. tot stand kwam, die door hen bij aangetekende brief van 12 mei 1982 werd opgezegd om het aan eiser ter vrije beschikking te kunnen stellen. Hierop volgde vanwege de P.V.B.A. B. geen enkele reactie.

De nieuwe huurovereenkomst was tot stand gekomen nadat de P.V.B.A. B. op 27 maart 1979 door de raadsman van verweerders erop werd gewezen dat haar reclameborden op hun eigendom werden geplaatst zonder recht noch

titel. Bij dezelfde brief werd tevens aangedrongen op een degelijk regelingsvoorstel, waarop door voornoemde P.V.B.A. bij brief van 29 maart 1979 een voorstel werd gedaan van 15.000 fr. vanaf 1 januari 1979. Pas na dagvaarding, betekend op verzoek van verweerders, op 20 februari 1980, kwam het tot een minnelijke regeling en werd de zaak doorgehaald.

Wegens wanbetaling van de huurprijs waren verweerders opnieuw genoodzaakt de P.V.B.A. B. bij dagvaarding betekend op 24 april 1981 te dagen, ten einde de huurovereenkomst te ontbinden en haar te veroordelen tot betaling van 20.000 fr. Blijkens brief van 14 mei 1980 kwam het tussen partijen blijkbaar tot een nieuwe regeling.

Bij brief van 14 december 1982 gaf eiser aan verweerders de bevestiging dat het vroeger opgesteld contract van 18 februari 1982 gehandhaafd bleef, en dat vanaf januari 1983 de reclameborden zullen worden geplaatst, en dus de grond in gebruik genomen zal worden zoals afgesproken.

Op 17 april 1984 wordt eiser door de raadsman van verweerders aangemaand tot betaling, waarop na oproeping tot verzoening, de dagvaarding en het bestreden vonnis van 10 april 1985 volgde. Op 7 april 1983 werd aan eiseres door het stadsbestuur Kortrijk meegedeeld dat het college van burgemeester en schepenen, in zitting van 24 maart 1983, besloten heeft hem geen vergunning te verlenen voor het vernieuwen van vier aanplakborden van de bestaande publicitaire afsluiting, op grond dat deze aanplakborden zich bevinden binnen een gebied dat geherwaardeerd zal worden en dat zij direct bij het binnenrijden van de stad storend zijn voor het esthetisch uitzicht van de omgeving.

3. Eiser stelt dat verweerders hun verbintenissen niet uitvoerden omdat zij met de P.V.B.A. B. tevoren een huurovereenkomst hadden gesloten, zodat hij over het huurgelot niet kan beschikken, daar verweerders er niet in slaagden het goed te zijner beschikking te stellen.

Deze stelling van eiser snijdt geen hout, daar gebleken is dat verweerders, na de aankoop van het goed van D., en na veel perikelen allerhande, en nadat de P.V.B.A. B. werd gewezen op haar precair bezit en de daarop volgende correspondentie, met haar een nieuwe huurovereenkomst sloten. Bij deze huurovereenkomst kreeg de voornoemde P.V.B.A. het huurgelot van het goed van verweerders met het oog op reclamadoeleinden, terwijl dezelfde P.V.B.A. zich verbond tot het betalen van een huurprijs, en dit voor onbepaalde tijd.

Door verweerders werd op 12 mei 1982 een opzegging gedaan vóór 31 december 1982, die zeker tijdig is, daar het plaatselijk gebruik slechts in een opzegging voorziet van drie maanden. Op deze opzegging kwam er geen enkele reactie vanwege de P.V.B.A. B. en dienden verweerders geen geding in te leiden tot de vanwaardeverklaring van de opzegging, zodat het bewezen is dat gezegde P.V.B.A. met de opzegging akkoord ging. Bijgevolg kon eiser vanaf 1 januari 1983 vrij beschikken over het goed van verweerders. Bovendien heeft eiser bij zijn brief van 14 december 1982 gericht aan verweerders bevestiging gegeven dat hij het huurcontract van 18 februari 1982 handhaaft, zodat hij tegenover zijn huurder, zijnde verweerders, gehouden is tot zijn voornaamste huurverplichting, namelijk de huurprijs te betalen, waartoe hij door de eerste rechter werd veroordeeld.

4. Eiser beroept zich op overmacht of toeval, daar hij bij

beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Kortrijk geen vergunning kon krijgen die hem toestond de reclameborden te plaatsen. Het is evident dat verweerders verplicht zijn aan eiser het rustig genot van het verhuurde goed te bezorgen, overeenkomstig de bestemming van dat goed zoals beide partijen het hadden geregeld. Hieruit volgt dat, wanneer door overmacht, waarover de feitenrechter soeverein beslist (cf. Cass., 18 februari 1986, *Pas.*, 1986, I, 76; Cass., 12 maart 1959, *Pas.*, 1959, I, 702), die bestemming onmogelijk of bemoeilijkt wordt, de verplichting van eiser om de huurprijs te betalen geheel of gedeeltelijk ophoudt (cf. Cass., 9 januari 1919, *Pas.*, 1919, I, 52).

De overheidsmaatregelen (le fait du prince) van de stad Kortrijk, waarbij aan eiser geen vergunning tot het plaatsen van reclameborden werd verleend, is als vreemde oorzaak bevrijdend, wanneer deze een onverkomelijke hinderpaal is voor de uitvoering van de verbintenis, en er vanwege de schuldenaar in het ontstaan van de omstandigheden, die deze hindernis meebrachten, geen fout bij komt (cf. Cass., 15 december 1951, *Pas.*, 1951, I, 388).

Die vreemde oorzaak moet dus op zodanige wijze ontstaan zijn dat iedere fout van eiser uitgesloten is in de elementen die daaraan voorafgegaan zijn, die ze hebben voorbereid of vergezeld (cf. De Page, II, nr. 599).

5. Eiser, wiens beroep erin bestaat tot het maken van reclame en het plaatsen van reclameborden, moet als vakman wel weten dat er een K.B. bestaat van 14 december 1959, dat werd gewijzigd door de K.B.'s van 28 juni 1963 en 27 juni 1964, waarbij regels worden gesteld op het aanplakken en reclame maken, en eveneens weten dat er per gemeente of per stad bijzondere voorschriften kunnen bestaan.

Hij diende aldus alle nuttige inlichtingen in te winnen bij de bevoegde diensten van de stad Kortrijk vóór het afsluiten van de huurovereenkomst van 18 februari 1982.

Zelfs is het niet bewezen dat hij tussen de periode van het sluiten van de huurovereenkomst van 18 februari 1982 en zijn brief van 14 december 1982, waarbij hij de overeenkomst bevestigde, de nodige stappen heeft gedaan tot het verkrijgen van alle nuttige inlichtingen met betrekking tot het verkrijgen van de vergunning die voor hem noodzakelijk was.

De vermelding op het huurcontract van 18 februari 1982 «mits met goedkeuring» slaat niet op het feit dat het contract afhankelijk is van het verkrijgen van de noodzakelijke vergunning, maar wel op het feit dat het dito contract gesloten door de vertegenwoordiger van eiser, uitwerking zal hebben na zijn goedkeuring.

Eiser kan derhalve noch overmacht, noch vreemde oorzaak invoeren om zich te kunnen onttrekken aan zijn betalingsplicht als huurder.

Aangezien het hoger beroep ongegrond is, dient er verder niet meer gestatueerd nopens de door eiser gestelde tegen-

(...)

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE TONGEREN

26 MEI 1988

Voorzitter (als in kort geding): mevr. Graux
Advocaten: mrs. Durnez, Ickmans en Agten

Handelspraktijken — Kopiëren van catalogus — Vordering tot vrijwaring.

De aannemer P. heeft slaafse kopieën gemaakt van ontwerpen uit de catalogus van de bouwonderneming R. en ze bezorgd aan de bouwonderneming B., die ze gebruikt voor haar eigen catalogus.

Het slaafs kopiëren is geen daad van namaking als bedoeld in art. 56 WHP, maar een verwarringstichtende handelspubliciteit waardoor art. 20, 3°, wordt overtreden en die een door art. 54 verboden onrechtmatige handelsdaad uitmaakt.

De aannemer P. kan niet gehouden zijn tot vrijwaring van de bouwonderneming B., daar het tot deze laatste gerichte bevel tot staking betrekking heeft op een daad van haarzelf.

N.V. R. t/ N.V. B.

N.V. B. t/ P.

Gelet op de inleidende dagvaarding in de hoofdvordering A.R. 368, die ertoe strekt op basis van de artt. 20, 3°, en 55, b, van de wet op de handelspraktijken: de N.V. B. zich te horen veroordelen om de van eiseres gekopieerde catalogus met betrekking tot sleutelklare woningen (met wijziging van de namen en een herschikking van de ontwerpen der woningen), nog langer te gebruiken na het verstrijken van 24 uur na betekening van het te wijzen vonnis, op straffe van een dwangsom van 50.000 frank per vastgestelde inbreuk, en verweerster zich tevens te horen veroordelen tot publikatie van het te wijzen vonnis in een dagblad van algemene strekking en een plaatselijk advertentieblad, met de gerechtskosten en met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding en de publikatiekosten;

Gelet op de inleidende dagvaarding in de zaak A.R. 374, ten verzoeken van de N.V. B. tegen P., die ertoe strekt deze laatste zich te horen veroordelen de N.V. B. te vrijwaren voor alle veroordelingen ingevolge de dagvaarding op de hoofdvordering;

A. Betreffende de hoofdeis (A.R. 368)

Overwegende dat verweerster de materialiteit van de feiten niet ontkent, echter opwerpt dat haar kopiëring een daad van namaking is die onder toepassing valt van de wet betreffende het auteursrecht, fabrieksmerken e.d., zodat art. 56 WHP van toepassing is en de vordering niet-ontvankelijk dient te worden verklaard;

Overwegende dat zulks in casu geenszins het geval is;

Dat de vordering van eiseres steunt op het feit dat verweerster op slaafse wijze de door haar gebruikte publiciteit kopieerde, hetgeen verwarringstichtend is en strijdig met de eerlijke handelsgebruiken;

Overwegende dat eiseres volgens een door haar opgesteld

concept door middel van catalogi publiciteit voerde, en het dan ook niet opgaat dat verweerster van de kosten en moeite, door eiseres gedaan voor deze publiciteit, zonder meer profiteert door het enkele kopiëren ervan;

Dat, door het nemen van identieke afdrukken van deze publiciteit, er bij de doorsnee-verbruiker verwarring ontstaat of kan ontstaan over de juiste identiteit van eiseres en verweerster, en wellicht een vermoeden van samenwerking verwekt kan worden etc.;

Dat, door deze handelwijze, verweerster art. 20,3°, WHP overtreedt;

Overwegende dat, door het aldus gebruiken «om niet» van kopieën van de publiciteit van eiseres, verweerster een onrechtmatige handelsdaad heeft gesteld, die verboden wordt bij art. 54 WHP;

Overwegende dat een bevel tot staking van deze praktijken dient te worden gegeven, onder oplegging aan verweerster van een dwangsom van 50.000 fr. per vastgestelde overtreding;

Dat op heden een publikatie van dit vonnis in een dagblad niet wordt bevolen, daar dit niet effectief zal bijdragen tot de opvolging van het bevel tot staking, te meer daar verweerster reeds ophield de gewraakte publiciteit te gebruiken;

Overwegende dat het verbod tot het slaafse kopiëren van de publiciteit, door eiseres ontworpen en verspreid zowel geldt wat betreft het gebruik ervan in catalogi als in dagbladen, waarover eiseres een uitbreiding van eis formuleerde;

B. Betreffende de tussenvordering van eiseres ten opzichte van verweerder in tussenkomst en vrijwaring

Overwegende dat verweerder in tussenkomst en vrijwaring (P.) zich beroept op dezelfde reden van niet-ontvankelijkheid als opgeworpen door verweerster op hoofdeis;

Dat dienaangaande wordt verwezen naar de motivering op hoofdeis, de tussenvordering ontvankelijk dient te worden verklaard;

Overwegende dat, betreffende de grond van de zaak verweerder op tussenvordering ontkent dat hij ooit enige publiciteit heeft gemaakt;

Overwegende dat uit het dossier van verweerster op hoofdeis echter blijkt dat P. wel degelijk het publiciteitsmateriaal van eiseres fotokopieerde onder toevoeging van zijn eigen naam, terwijl hij onder de benaming AVL, hetzelfde adres als P., gebruik maakte van deze publiciteit in een publikatie van het blad «De mijnstreek», verspreid op 17 februari 1988;

Dat de tussenvordering van eiseres, om dezelfde motieven als die vermeld op de hoofdeis, gegrond dient te worden verklaard, behoudens eveneens wat betreft de eis tot publikatie;;

C. Betreffende de tegeneis van verweerder in tussenkomst en vrijwaring ten opzichte van de N.V. B.

Overwegende dat P. vordert dat de N.V. B. het verbod wordt opgelegd om zijn naam te gebruiken, af te drukken of te kopiëren in al haar geschriften en publiciteitsvoering, zonder zijn schriftelijke toestemming;

Overwegende dat P. niet bewijst dat de N.V. B. ooit zonder zijn toestemming zijn naam heeft gebruikt, en in casu

dient te worden vastgesteld dat tussen beide partijen een «exclusieve verkoopsovereenkomst» van 15 april 1987 werd gesloten waarbij onder art. 7 wordt bepaald: «De opdrachtgever (P.) geeft toelating aan de opdrachtnemer (N.V. B.) om de nodige publiciteit te maken»;

Dat aangezien deze betwisting resulteert uit een contract, de rechter, rechtdoende op de wijze van het kort geding, niet bevoegd is *ratione materiae* om er kennis van te nemen;

D. Betreffende de eis tot tussenkomst en vrijwaring (A.R. 374)

Overwegende dat, hoewel eiseres tot tussenkomst en vrijwaring beweert inzake de gewraakte publiciteit te goeder trouw te zijn, daar zij deze verkreeg van verweerder in tussenkomst en vrijwaring, dan nog verweerder in tussenkomst en vrijwaring niet gehouden kan zijn tot vrijwaring daar het bevel tot staking betrekking heeft op een persoonlijke daad van haar zelf, het aan haar alleen toekomt te beslissen of zij gevolg geeft aan het bevel tot staking, onder verbeurte van een dwangsom;

Dat de eis tot tussenkomst en vrijwaring niet gegrond dient te worden verklaard;

WETGEVING IN KORT BESTEK

Onder de zorg van het Departement Rechten U.I.A.

Aan het nazien van het Belgisch Staatsblad van februari, maart en april 1988 verleenden hun medewerking: W. Lambrechts en J. Laenens.

Grensoverschrijdende luchtverontreiniging

Naar aanleiding van de strijd tegen de «zure regen» kwam het Verdrag van Genève van 13 november 1979 betreffende grensoverschrijdende luchtverontreiniging over lange afstand tot stand. België heeft dit verdrag goedgekeurd en het is in werking getreden op 16 maart 1983 (zie Lambrechts, W., *Milieuwet*, Brussel, Story-Scientia, 2e uitg., 1987, 147-148).

Het uitvoerend orgaan bij het verdrag heeft in juni 1983 aanbevolen een rechtens bindende regeling, in de vorm van een protocol te voegen bij het verdrag, voor de financiering van het E.M.E.P. op lange termijn. Het E.M.E.P. is een programma voor samenwerking inzake de bewaking en de evaluatie van de bewegingen van luchtverontreinigende stoffen over lange afstand in Europa.

Dit protocol werd door België ondertekend op 25 februari 1985 en goedgekeurd bij de wet van 14 juli 1987 (*B.S.*, 2 februari 1988).

W.L.

Wijziging Boswethboek in Wallonië

Het ongebreideld beoefenen van de motorsport, het gebruik van de wagen «voor elk terrein» en het gebruik van

bromfietsen verstoren ernstig de fauna in de bossen. Anderzijds houdt de beoefening van de langlauf-skijsport gevaaren in voor de verstoring van de flora wanneer zij geschiedt buiten de aangegeven wegen. Dit geldt vooral voor de Hoge Venen en het gehele beboste gebied in het zuidoosten van Wallonië. Het decreet van de Waalse Gewestraad van 26 november 1987 tot wijziging van de artikelen 122, 165 en 170 van het Boswetboek (*B.S.*, 11 februari 1988) voorziet in typische sancties tegen de overtreders: inbeslagneming van motorrijtuigen en bromfietsen, verbeurdverklaring van ski's.

Eens te meer moet de vaak gebrekkige vertaling van de decreten worden betreurd: «juge au tribunal de police» wordt in het Nederlands «vrederechter»!

W.L.

Gedragcode voor lijnvaartconferenties

De wet van 17 juli 1987 heeft het Verdrag van Genève inzake een Gedragcode voor lijnvaartconferenties van 6 april 1974 goedgekeurd (*B.S.*, 8 maart 1988), onder voorbehoud van de bepalingen van de E.E.G.-Verordening nr. 954/79.

Dit verdrag kwam tot stand na een jarenlange druk vanwege de ontwikkelingslanden.

De Code heeft tot doel de geordonneerde expansie van de maritieme wereldhandel te stimuleren en daarbij de ontwikkeling te bevorderen van regelmatige en doelmatige maritieme diensten, welke aan de behoeften van de trafiek zijn aangepast. Tevens moet worden gestreefd naar een evenwicht tussen de belangen van degenen die de diensten verstrekken en degenen die gebruik maken van de regelmatige diensten van maritiem transport.

Wat de lid-staten van de E.E.G. betreft, werd na jarenlange onderhandelingen een verordening van de Raad van 15 mei 1979 genomen waarin wordt bepaald enerzijds dat de lid-staten welke de Code aanvaarden, deze volledig zullen toepassen t.a.v. de ontwikkelingslanden doch anderzijds tussen de reders van de E.G.-lid-staten alleen de E.G.-overeenkomst inzake de Code van toepassing is.

W.L.

Brandverzekering

Het K.B. van 1 februari 1988 betreffende de verzekering tegen brand en andere gevaren, wat de eenvoudige risico's betreft (*B.S.*, 1 maart 1988, err. 19 maart 1988) is een uitgebreid K.B. genomen ter uitvoering van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen. Het beoogt de gebruiker beter te beschermen door het opleggen van een minimale dekking en bevat hoofdzakelijk een reeks technische ingrepen in de algemene voorwaarden van de verzekering tegen brand en andere gevaren. Voor een commentaar zie X, «Brandverzekering: nieuwe reglementering», *VBO-Medelingen*, 1988, 642-647; F. De Ly, «De regulering van de brandverzekering — Commentaar en krachtlijnen van het brandverzekeringsbesluit», *R.W.*, 1988-89, 33-49.

W.L.

Afschrijvingsgrens personenwagens

De herstelwet van 31 juli 1984 (zie «Wetgeving in kort bestek», *R.W.*, 1984-85, 2438) heeft vanaf het aanslagjaar 1985 de maximale afschrijvingswaarde voor nieuwe personenwagens vastgelegd. Bij K.B. kan het bedrag worden aangepast. Dat is tot nu toe elk jaar geschied. Het afschrijvingsplafond dat van toepassing is op personenwagens, wagens voor dubbel gebruik en minibussen wordt bij K.B. van 2 maart 1988, (*B.S.*, 8 maart 1988) verhoogd tot 650.000 fr. excl. BTW, met ingang van het aanslagjaar 1989.

W.L.

Bezoldiging van de advocaten-stagiairs belast met de rechtsbijstand

Bij K.B. van 10 maart 1988 (*B.S.*, 7 april 1988) werden de voorwaarden voor de toekenning, het tarief en de wijze van uitbetaling van de vergoeding bedoeld in de artikelen 455 en 455bis Ger. W. nader bepaald. Aan de advocaten-stagiairs worden door de voorzitter van het bureau van consultatie en verdediging punten verleend voor iedere aanwijzing of amtsshalve toevoeging waarvoor de stagiairs bewijzen tijdens het afgelopen jaar of tijdens voorgaande jaren metterdaad prestaties te hebben volbracht. Voormeld K.B. bevat een gedetailleerd overzicht van dit puntensysteem. De stafhouders bezorgen aan de deken van de Nationale Orde van Advocaten een lijst van de stagiairs met voor elk van hen de opgave van het aantal aanwijzingen; het aantal amtsshalve toevoegingen; per aanwijzing en amtsshalve toevoeging, het aantal punten, de identiteit en de woonplaats van de bijgestane persoon en het totaal van de punten.

Ten einde betaling van de vergoeding te krijgen stelt het bureau van de Nationale Orde de minister van Justitie in kennis van het totaal van de punten van het hele rijk. Het bureau doet aan elke stafhouder mededeling van het deel van de subsidie dat aan die balie toekomt in verhouding met het aantal punten dat door de stagiairs ervan is behaald. Het maakt de bedragen die aan de balies toekomen, over op een bijzondere rekening die daartoe door elke balie geopend is onder de rubriek «vergoeding stagiairs». Deze sommen worden dan onder de stagiairs verdeeld naar rata van het aantal punten dat voor elke stagiair vermeld staat in de lijst. Iedere aanwijzing of amtsshalve toevoeging wordt slechts eenmaal vergoed, zelfs wanneer de prestaties verscheidene jaren duren.

Op te merken valt dat de prestaties van de advocaten-stagiairs waarover tijdens het gerechtelijk jaar 1986-87 verslag is gedaan, worden vergoed volgens de procedure die is ingesteld bij het K.B. van 20 december 1986 (zie *R.W.*, 1986-87, 2508). De regeling vervat in het K.B. van 10 maart 1988 geldt met ingang van 1 september 1987.

J.L.

BOEKEN

A. DE CUYPER en J. DE BRUYNE, **De staatshervorming. Bijzondere problemen**, Brussel, eigen uitgave, 1987, 317 p.

In dit boek ontwikkelen de auteurs een federalistische Vlaamse visie omtrent enkele problemen van de staatshervorming zoals die in 1980 werd doorgevoerd. De staatshervorming bekleedt een centrale plaats in het staatsrecht en in 's lands politieke leven. Door de geplande institutionele hervormingen in het regeerakkoord van de op 9 mei 1988 aangetreden nieuwe regering Martens, heeft het boek aan actualiteit gewonnen.

De auteurs vatten onmiddellijk een aantal specifieke problemen van de staatshervorming aan, zonder voorafgaande schets van de juridische en politieke krachtlijnen van de staatshervorming van 1980. Ten aanzien van het onderwijs verdedigen De Cuyper en De Bruyne de stelling dat de gemeenschappen bevoegd zijn voor alle onderwijsmateries, behalve voor die opgesomd in de Grondwet voor zover ze betrekking hebben op de schoolvrede. Hiermee gaan de schrijvers in tegen een arrest van het Arbitragehof van 22 januari 1986 (*B.S.*, 8 februari 1986, 1615, *R.W.*, 1985-86, 1837) waarin geoordeeld werd dat uit de formulering van artikel 59bis, § 2, 2°, van de Grondwet blijkt dat de noties opgesomd na de term «schoolvrede» ook een autonome draagwijdte hebben. De auteurs pleiten ervoor het onderwijsbeleid volledig aan de gemeenschappen over te dragen. De uitvoering van het regeerakkoord zal deze wens vervullen.

In het hoofdstuk betreffende de persoonsgebonden aangelegenheden keren de auteurs zich tegen een advies van de Raad van State van 20 juni 1984 (*Parl. St.*, VI.R., 1984-85, nrs. 302/1, 8, en 309/1, 23) waarin de Raad de persoonsgebonden aangelegenheden beperkend opvat als aangelegenheden draaiend rond het fundamentele element van de communicatie. In de lijn van het belangrijke advies van de commissie Rimanque voor de Vlaamse Raad (*Parl. St.*, VI. R., 1984-1985, nr. 312/1), voeren de auteurs aan dat de hier besproken gemeenschapsbevoegdheid betrekking heeft op de aangelegenheden die het welzijn van de mens als individuele persoonlijkheid en als gemeenschapswezen aangaan.

Ook in het derde hoofdstuk kritiseren De Cuyper en De Bruyne een advies van de Raad van State en betogen ze dat nationale economische sectoren kunnen worden overgedragen aan de gewesten. Zij gaan zover te stellen dat die overdracht veronderstelt dat de gewesten een eigen vennootschapsrecht en economisch recht moeten kunnen uitbouwen.

Op het vlak van de internationale samenwerking wensen de auteurs ruimere bevoegdheden voor de gemeenschappen en gewesten om internationale verdragen tot stand te brengen. Nochtans dient ter zake te worden onderstreept dat volkenrechtelijk de federale staat aansprakelijk blijft voor de naleving door de deelstaten van internationale verbintenissen, zelfs voor aangelegenheden die tot de competentie van de deelstaten horen (zie advies R.v.St., *Parl. St.*, Kamer, 1979-1980, nr. 627/12). De regel dat deelstaten door middel van verdragen internationale verbintenissen kunnen aangaan, zonder voor de niet-nakoming ervan aansprakelijk te zijn, kan tot moeilijkheden leiden. Terloops zij erop gewezen dat de auteurs een paar belangrijke artikelen van Ergec en Lejeune in het *Belgisch Tijdschrift voor Internationaal Recht* niet hebben verwerkt.

Bewonderswaardig is de verhelderende aanpak van de financiering van de gemeenschappen en de gewesten. Omtrent dit ingewikkelde onderwerp bestaat er betrekkelijk weinig doctrine, behoudens dan het boek van Vanderveeren, Van Rompuy, Heremans, Heylen, *De Economische en Monetaire Unie in de Belgische Staatshervorming*, Antwerpen, Maklu, 1987.

In een laatste en zesde hoofdstuk geven de auteurs hun algemeen oordeel over de staatshervorming en doen zij voorstellen voor een verdere federalisering en voor een nieuw statuut van Brussel. In België bestaat er wellicht een politieke meerderheid voor een verscherpijnde federalisering van de staat. Het ware interessant geweest ter zake enige rechtsvergelijkende studies te consulteren. Daaruit zou dan blijken dat in meerdere federale staten de centrale overheid geleidelijk meer bevoegdheden tot zich trekt. Bij de bespreking van de hervormingsvoorstellen wordt in het gerecenseerde

boek veel aandacht besteed aan de standpunten van het Overlegcentrum van Vlaamse Verenigingen, volgens welke het zelfbeschikingsrecht van de Vlaamse en Waalse volksgemeenschappen moet leiden tot de vorming van twee staatkundige entiteiten.

Met betrekking tot Brussel zijn een aantal kerngedachten overgenomen in het regeerakkoord van Martens VIII. In het kader van het probleem Brussel wijzen de schrijvers het (gemeentelijk) kiesrecht van de vreemdelingen af, o.a. op grond van het volkenrechtelijke wederkerigheidsbeginsel (zie over dit beginsel Verdross, A. en Sima, B., *Universelles Völkerrecht*, Berlijn, Duncker en Humblot, 1984, § 64 e.v.).

Op het formele vlak valt er zo goed als geen kritiek te leveren. Wel kon er hier en daar een publicatieplaats worden aangestipt die nu onvermeld is gebleven. Het boek bevat geen zaakregister.

Samenvattend mag worden gesteld dat dit helder geschreven boek beslist een verrijking vormt van de staatsrechtelijke literatuur over de staatshervorming, wat een actueel thema is dan ooit.

W. Rauws

M.J.A. VAN MOURIK, **Huwelijk en vermogensrecht**, Zwolle, Tjeenk Willink, 1988, 204 p., vijfde, herziene druk (Studiepockets privaatrecht, nr. 5).

Huwelijk en vermogensrecht wil binnen een relatief klein bestek de vermogensrechtelijke aspecten van het huwelijk uiteenzetten. Het overzicht van de materie is in deze vijfde, herziene druk volledig en geactualiseerd. Recente rechtspraak, vooral dan die van de Hoge Raad inzake «koude uitsluiting» (p. 137 e.v.), en rechtsleer (o.a. Klaassen-Eggens-Luijten, *Huwelijksgoederenrecht*, 1984 en Pitlo-Van der Burght, *Het personen- en familierecht*, 1985) werden verwerkt.

De stof is niet beperkt tot de klassieke behandeling van de titels 6, 7 en 8 Ned. B.W. Eveneens worden besproken de huwelijksvermogensrechtelijke aspecten inzake faillissement (hfdst. IX) en internationaal privaatrecht (hfdst. X). M.b.t. het eerste wordt het positief recht (vgl. artt. 553 e.v. W. Kh.) kort geschetst. Bij het tweede gebeurt hetzelfde t.a.v. de evolutie in de rechtspraak, niet wezenlijk verschillend van de evolutie in de recente Belgische rechtspraak. Nieuw, doch in Nederland niet zo ongebruikelijk (zie Asser-Moltmaker, II, 1986, p. 255 e.v.), is het afzonderlijk hoofdstukje IX over ongehuwd samenleven en vermogensrecht. De auteur verwerpt er de analoge toepassing zonder meer van de huwelijksvermogensrechtelijke bepalingen — wat ook in het progressieve Nederland de regel is — en de dito toepassing van het maatschapsrecht. Dat klinkt vertrouwd. Daarentegen is er volgens Van Mourik principieel wel plaats voor redelijkheid en billijkheid, ongerechtvaardigde verrijking en vergoedingen.

Belangrijk zijn de eerste twee hoofdstukken («Huwelijk en relatie» en «Huwelijk en vermogensrecht») omdat daar de sfeer wordt geschetst, een beeld wordt opgehangen van de «realiteit des levens» (p. 6), waarin het huwelijksvermogensrecht best wordt geplaatst, wil men het kritisch benaderen.

In het derde hoofdstuk komt de regeling m.b.t. de kosten van de huishouding aan bod, m.a.w. de minimale huwelijksvermogensrechtelijke regeling, én de daaraan gekoppelde hoofdelijke aansprakelijkheid voor schulden t.b.v. de huishouding (vgl. de artt. 221 en 222 B.W.). Van Mourik meent, mede met verwijzing naar art. 222 B.W.!, dat genoemde hoofdelijkheid best op de vertegenwoordigingsconstructie wordt gebaseerd (p. 27), m.i. ten onrechte: geeft deze bepaling de onvermogenende echtgenoot niet de bevoegdheid om tegen de wil van de andere in, diens vermogen te verbinden om het materieel bestaan van het gezin te verzekeren?

Onder beschermende bepalingen (hfdst. IV) begrijpt de auteur met reden niet alleen de traditionele bevoegdheidsbeperkingen (vgl. artt. 215 en 224 B.W.), maar alle bepalingen die in de echtelijke relatie beschermend werken (p. 36). Men lette er wel op dat de ratio legis telkens verschillend is (bescherming tegen onbehoorlijke beïnvloeding, het in gevaar brengen van het patrimoniaal gezinsbelang, de aantasting van het gemeenschappelijk vermogen, enz., staan naast elkaar).

In het vijfde hoofdstuk wordt de wettelijke gemeenschap van goederen besproken, zijnde de algehele gemeenschap met een vrij unieke bestuursregeling: elke echtgenoot bestuurt de goederen die

van zijn kant in de gemeenschap zijn gevallen (art. 97, lid 1, Ned. B.W.). Daarover schreef Dillemans (*Huwelijksvermogensrecht*, 1983, 29) terecht: «Twee kapiteins op ... twee schepen!». Van Mourik heeft tegen het stelsel als zodanig geen bezwaar en geeft argumenten (p. 65 e.v.). Gelet op deze argumenten zou een gemeenschap beperkt tot de aanwinsten m.i. ook niet misstaan. Traditie speelt wellicht een belangrijke rol (zie p. 125 e.v.). Men vergeet overigens niet dat de algehele gemeenschap door gezaghebbende auteurs ook in België als wettelijk stelsel werd voorgesteld, zij het met een andere regeling inzake bestuur. Want daar gaat het om! Ter plaatse is de kritiek van VAN MOURIK op de merkwaardige bestuursregeling tot één alinea beperkt (p. 83). Maar uit zijn voorwoord (V) en elders (o.a. p. 103 en 147) blijkt maar al te duidelijk dat ook voor hem die bestuursregeling de «crux» van het huwelijksvermogensrecht uitmaakt. «De bestuursmacht over de inkomsten uit arbeid vormt de spil van het huwelijksvermogensrecht. Deze spil is aan vervanging toe indien blijkt dat het beginsel der bestuursverdeling van art. 97 in de praktijk leidt tot een bijna absolute vermogensrechtelijke heerschappij voor de man (V). Verder in dit hoofdstuk nog de samenstelling van de vermogens (actief en passief), de bestuursoverschrijding en het verhaal van de schuldeisers.

Huwelijksvoorwaarden voor en tijdens het huwelijk krijgen de aandacht in het zevende hoofdstuk. Men noteer de mogelijke vernietigbaarheid van de wijziging tijdens het huwelijk op grond van misbruik van omstandigheden (p. 122).

De wettelijke en buitenwettelijke keuzestelsels worden overlopen in het zevende hoofdstuk. De auteur maakt duidelijk dat het stelsel van uitsluiting van iedere gemeenschap (scheiding van goederen) aangevuld met een periodiek verrekenbeding het best aan de verwachtingen van het modern Nederlands echtpaar beantwoordt en aan zijn leefpatroon is aangepast. Duidelijk is ook dat destijds op vanzelfsprekende wijze aangepaste zg. «koude uitsluitingen» voor menig echtpaar thans bij echtscheiding onbillijk overkomt. VAN MOURIK heeft geen enkele moeite om op grond van het beginsel van de redelijkheid en de billijkheid correcties aan te brengen. Rechtszekerheid moet i.c. het onderspit delven tegen die andere pool in het recht, de billijkheid (vgl. GERLO, J., boekbespreking, *T.P.R.*, 1984, 903). De vraag is of in het gegeven geval de overeenkomst van huwelijksvoorwaarden, vooral in geval van echtscheiding, leidt tot gevolgen die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geacht kunnen worden niet te zijn gewild (p. 140-141).

Ten slotte zijn de problemen bij de ontbinding van het stelsel aan de orde in het achtste hoofdstuk. Dat er na de ontbinding geen hoofdelijkheid bestaat m.b.t. de niet voldane gemeenschappelijke schulden (vgl. art. 1440, lid, B.W.) en dat de echtgenoten van het gemeenschappelijk vermogen afstand kunnen doen, hoeft niet te verwonderen als men de bestuursregeling voor ogen houdt.

Huwelijk en vermogensrecht bevat meer dan een samenvatting van het positief recht ter zake. Van belang voor VAN MOURIK is niet zozeer hoe het recht in elkaar zit, als wel hoe het zou moeten zijn, gelet op de feiten. Vandaar die herhaalde aandacht voor de werkelijkheid, de werkelijke feitelijke verhoudingen en de socio-economische context, bij gebreke waarvan de norm geen zinvolle uitlegging kan krijgen of zelfs enig bestaan kan leiden. Toetsen of de regel nog opgaat is het motto. Waarom bv. art. 85, lid 1, Ned. B.W. (ons art. 222 B.W.) niet toepassen op ongehuwde samenlevenden (p. 31)? Heeft het verbod van verkoop tussen echtgenoten nog zin (p. 36 e.v.)? Waarom moet art. 88, lid 1, c) Ned. B.W. (ons art. 224, §1, sub 4, B.W.) ook van toepassing zijn op de persoonlijke zekerheid gesteld door de echtgenoot bestuurder/enige aandeelhouder t.b.v. «zijn» vennootschap (p. 52)? Waarom de wijziging van het huwelijksstelsel m.h.o. de nakende echtscheiding verbieden (p. 120-121)? Uit de ontleding van de feitelijke verhoudingen vloeit telkens het antwoord.

Voor alomtegenwoordige kritische ingesteldheid maakt het de moeite waard om het boek van Van Mourik ter hand te nemen. Immers, achter de verschillende terminologie (bedenk dat «het bestuur» naar Nederlands huwelijksvermogensrecht niet de bevoegdheid omvat vermogens door het aangaan van schulden te verbinden en dat het uiteenvalt in obligatoire en zakenrechtelijke beschikkingsbevoegdheid) en regelingen schuilen dezelfde, actuele problemen die om een aangepaste oplossing vragen. Van Mourik geeft antwoorden en bedenkingen die wellicht ook in Belgisch recht bruikbaar zijn.

N. Geelhand

Aangekondigd

P. BAL, *Dwangkommunikatie in de rechtszaal*, Arnhem, Gouda Quint, 259 p., f 47,50.

Th. BOURGOIGNIE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Brussel, Story-Scientia, 580 p., 3.300 fr.

B. BREEDERVELD, *Boedelscheiding bij echtscheiding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 134 p., f 49,50.

B. DUBOIS, J. ERAUW, I. ONKELINX, W. VANHORENBEECK, *Tewerkstelling van Belgische werknemers in het buitenland*, Antwerpen, Kluwer, 165 p., 1.265 fr.

R.J. HOEKSTRA, *Ministerraad en vorming van regeringsbeleid*, Zwolle, Tjeenk Willink, 156 p., f 36.

L. KRÄMER, *La CEE et la protection du consommateur*, Brussel, Story-Scientia, 450 p., 2.420 fr.

J.M. LETIER, *Les baux commerciaux*, Brussel, Story-Scientia.

H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage*, Brussel, Story-Scientia, 320 p., 1.800 fr.

R. SPAEY, J.L. STALPORT, *Guide pratique des nouveaux régimes de travail*, Brussel, Story-Scientia, 138 p., 985 fr.

J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales*, Brussel, Nemesis, ca 250 p., 1.250 fr.

R.M. VAN MALE, *Rechter en bestuurswetgeving*, Zwolle, Tjeenk Willink, 564 p., f 72,50.

R. WUYTS, *Gesubsidieerde contractuelen*, Brugge, Die Keure, ca. 120 p., 850 fr.

Commission droit et vie des affaires de l'Université de Liège, *Modes de rapprochement structurel des entreprises, XXXVIIIe Séminaire Spa-Balmoral, 19-20 novembre 1986*, Brussel, Story-Scientia, 364 p., 2.150 fr.

H.J. KRANENBURG, H.A.W. SNIJDERS, *Gemeente en vestigingsbeleid huisartsen*, Zwolle, Tjeenk Willink, ca 72 p.

H. BOONEN (ed.), *Gerechtelijk Wetboek*, (vierde druk), Antwerpen-Apeldoorn, Maklu Uitgevers, 430 p., 695 fr.

W.M. KLEIJN, *Bijzondere overeenkomsten*, deel IV, Asser-Serie, (vierde/vijfde druk), Zwolle, Tjeenk Willink, 343 p., f 69,50.

A.S. HARTKAMP, *Verbindenissenrecht*, deel I, Asser-Serie, (achtste druk), 700 p., f 97,50.

H.W. WIERSMA, K. WIERSMA, *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken, deel 2, Bewijs door geschriften*, Zwolle, Tjeenk Willink, 202 p., f 65.

J.V. LOUIS, D. WAELBROECK, *Le parlement Européen dans l'évolution institutionnelle*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 408 p., 1.725 fr.

J.L. DEWOST, J.V. LOUIS, I. SCHWARTZ e.a., *Le droit de la Communauté Economique Européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 788 p., 4.000 fr.

P. HARMEL, *Grandes Avenues du droit. Le notariat*, Bruxelles, F. Larcier, 20 p.

D. VAN DEN BERG e.a., *Klapper op de rechtspraak en de rechtsliteratuur 1987*, Zwolle, Tjeenk Willink, 326 p.

J.F. DEKEERSMAEKER, J. VAN STEENBERGE, M. PATTE e.a., *Bibliografie van het Belgisch sociaal recht 1984-1986*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, Brussel, Story-Scientia, 108 p., 1.617 fr.

M. BRIERS, R. SOULARD, U.I.H.J., *Manuel de recouvrement d'une somme d'argent à l'étranger*, Brussel, Story-Scientia, 146 p., 995 fr.

H.P. MANSEL, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 536 p., 230 D.M.

G. GOLSTEYN, *Provinciewet. Officieuze Coördinatie met annotaties*, Brussel, Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap.

G. GOLSTEYN, *Gemeentewet. Officieuze Coördinatie met annotaties*, Brussel, Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap.

J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes de droit Commercial*, tome IV (deuxième édition), Bruxelles, E. Bruylant, 886 p., 7.840 fr.

S. RUTTEN, *Moslims in de Nederlandse rechtspraak*, KAMPEN, J.H. Kok, 342 p., f 29,50.

H. BOCKEN (ed.), *Vorderingsbevoegdheid voor milieuverenigingen*, Brussel, Story-Scientia, 330 p., 850 fr.

IN MEMORIAM

Prof. dr. André Mast

Op een oktoberdag in 1955 hadden enkele studenten zich verzameld in de sfeervolle binnentuin van de oude gebouwen van de faculteit der rechtsgeleerdheid van de R.U.G., toen zij een man zagen naderen, rijzig van gestalte, kaarsrecht voortschrijdend, met rustige en vastberaden stap. Bij het voorbijgaan nam hij met een brede zwaai zijn hoed af en met een lichte, bijna onmerkbaar buiging groette hij het eerst. Die man maakte onmiddellijk indruk: het was prof. Mast. Dit fysieke beeld van deze eminente leermeester is om zo te zeggen tot zijn emeritaat ongewijzigd gebleven.

Het was een gelukkig voorrecht als jong aankomend jurist in die periode kennis te kunnen maken met prof. Mast: hij bezat reeds een gevestigde naam, maar had bovendien nog een carrière voor de boeg waarin hij zijn wetenschappelijke inzichten in de praktijk van de magistratuur bij de Raad van State zou kunnen toetsen en uitwerken.

André Mast werd geboren te Brugge op 2 oktober 1910. Hij volbracht zijn middelbare en hogere studien te Gent.

Hij was stagedoend advocaat van 1933 tot 1936, ook toen een financieel niet, maar geestelijk wel verrijkende leerschool. Hij werd ingeschreven op het tableau van de Orde van Advocaten te Gent maar was inmiddels in juni 1936 benoemd tot kabinetsattaché van de minister van Binnenlandse Zaken A. De Schrijver. De weg naar het administratief recht en het dienen van 's lands belangen lag open.

Op 1 januari 1937, enkele maanden vooraleer het Statuut Camu werd afgekondigd, werd André Mast benoemd tot bureauchef in de algemene directie van de provincie- en gemeentezaken van het Ministerie van Binnenlandse Zaken. Aangezien het assistentschap in de faculteit der rechtsgeleerdheid een bijna niet bestaande functie was, moesten jonge begaafde juristen die wetenschappelijk werk wilden verrichten, dit op eigen krachten doen. Zijn aggregaatsthesi over *De verordeningsmacht des Konings in politiezaken en de wet van 5 juni 1934* was klaar bij het uitbreken van de oorlog, die ook hem niet zou sparen. De jonge Mast nam deel aan de achttiendaagse veldtocht en werd op 28 mei 1940 krijgsgevangen gemaakt; hij verbleef zeven maanden in Oost-Pruisen, vanwaar hij wegens ziekte van het hospitaal Stalag I.A. naar België werd teruggevoerd. Over die sombere periode heeft prof. Mast nooit veel verteld omdat hij wist dat anderen er veel erger aan toe waren dan hij en velen uit die gebieden niet terugkeerden.

Na zijn herstel behaalde A. Mast in 1941 de titel van geaggregeerde voor het hoger onderwijs in het administratief recht. Onmiddellijk na de terugkeer van de Belgische regering uit Londen werd hij kabinetssecretaris van de minister van Binnenlandse Zaken.

Bij B.R. van 10 januari 1946 begon zijn loopbaan als docent aan de R.U.G., waar hem meerdere cursussen in het grondwettelijk en in het administratief recht werden toevertrouwd. In werkelijkheid werd hij dadelijk na de bevrijding met colleges belast.

De wet van 23 december 1946 houdende oprichting van de Raad van State werd operationeel in 1947. Prof. Mast behoorde bij B.R. van 17 november 1947 tot de eerste

staatsraden die ons land telde. Gedurende zijn hele loopbaan als magistraat zou hij in de IVE kamer zitting nemen, vanaf 1963 als kamervoorzitter en tussen 1975 en 1980 als eerste voorzitter. Het is natuurlijk niet mogelijk in het geheel van de beraadslagingen door te dringen en het spreekt vanzelf dat jurisprudentiële rechtsvinding het resultaat is van collegiaal overleg, maar via de in geschriften ontwikkelde ideeën is bekend dat prof. Mast de theorie van het organiek criterium heeft uitgewerkt en dat hij, reeds vooraleer door de rechtspraak van de Raad van State de leer van de regeringsdaden werd afgewezen, in het *T.B.P.* van 1946 zijn gedachten over «De regeringsdaden» had neergeschreven. Voortdurend heeft prof. Mast aandacht besteed aan de wijze waarop de attributieregeling tussen de gewone en de administratieve rechter moest plaatsvinden, zodat de mogelijke geschillen tot een minimum zouden worden beperkt: «Droits civils, droits politiques et intérêts administratifs», *J.T.*, 1947, 193-195, «Het gelijklopend beroep als onontvankelijkheidsgrond van het beroep tot nietigverklaring», *T.B.P.*, 1947, 107-113, en «De administratieve rechtsmacht en de Grondwet», *T.B.P.*, 1956, 75-81 en 166-175, getuigen van die bekommernis. Bij de afbakening van de bevoegdheid van de gewone en de administratieve rechter door de arresten van het Hof van Cassatie en van de Raad van State heeft prof. Mast een onmiskenbare rol gespeeld.

In de woelige periode van de koningskwestie werd prof. Mast bij B.R. van 10 maart 1949 benoemd tot lid van de «Commissie ermede belast een met redenen omkleed advies uit te brengen over de toepassing van de grondwettelijke beginselen betreffende de prerogatieven van de Koning en over de verhoudingen der grote grondwettelijke machten onderling». Zijn erkende competentie leidde ertoe dat hij werd belast met de delicate taak van algemeen rapporteur. Het is bekend dat prof. Mast een grote bijdrage heeft geleverd aan het uiteindelijk gepubliceerd rapport (*B.S.*, 6 augustus 1949 en *Pas.*, 1949, 465).

Prof. Mast was perfect tweetalig zo in woord als geschrift, een voordeel waarvoor moet worden gewaakt dat het in de toekomst de Vlamingen niet ontsnapt.

De Franstalige publikaties hielpen de faam van prof. Mast ook buiten de grenzen vestigen. Vooral zijn lezenswaardig werk over *Les pays du Bénélux* dat in 1960 werd gepubliceerd in de reeks «Comment ils sont gouvernés», onder leiding van prof. Burdeau, vond heel wat weerklank in het buitenland. Anderzijds is hij ingegaan op het verzoek om in 1966 een Franstalige versie te schrijven van zijn handboek van administratief recht: *Précis de droit administratif belge*.

Met een dergelijk curriculum lag het voor de hand dat hij werd uitgenodigd om gastcolleges te geven in talrijke universiteiten: Nijmegen, Amsterdam, Leiden, Rijssel, Straatsburg, Helsinki, Santiago de Compostela, Lissabon, Coïmbra, Turijn, Recanati, Caracas.

Driemaal werd hij doctor honoris causa: van de universiteiten van Nijmegen, Rijssel en Leuven.

Hij bekleedde de Francquileerstoel aan de V.U.B. tijdens het academiejaar 1964-1965. Zijn belangrijke openingsles behandelde de vraag: «Is eenheid van rechtsmacht mogelijk en wenselijk?», *Studies en voordrachten V.U.B.*, 1964, II, 107-125. Het probleem was actueel op een tijdstip dat de omvorming van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsple-

ging naar het Gerechtelijk Wetboek volop werd voorbereid door de daartoe aangestelde Koninklijke Commissaris Ch. Van Reepinghen, bijgestaan door E. Krings. Het besluit luidde aldus: «Zo ik goed zie, zijn er, naar mijn mening, geen redenen die aan ons recht eigen zijn en die een afwijking verantwoorden van het jurisdictioneel pluralisme dat in een uitdrukkelijke constitutionele tekst steun vindt en dat het publiek recht van zoveel Westerse Staten kenmerkt.»

Het kan niet onvermeld blijven dat prof. Mast werd aangewezen als rechter ad hoc in het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 1965 tot 1968 op een ogenblik dat de Belgische taalzaken bij het Hof aanhangig waren gemaakt. Andermaal werd de eminente beoefenaar van het grondwettelijk recht aangewezen om zijn juridische bijdrage te leveren voor de oplossing van een delicaat geschil dat een zware politieke beroering veroorzaakte. Onbetwist en in alle sereniteit heeft hij, samen met de andere rechters, die opdracht volbracht.

Ten slotte zij aangestipt dat in 1969 zijn verkiezing volgde als lid van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België, Klasse der Letteren, waar zijn eerste redevoering handelde over «De grondwettelijke norm», *T.B.P.*, 1970, 426-439.

Wellicht zal mettertijd menig aspect van de rijke persoonlijkheid vervagen, maar ongetwijfeld zal de naam van prof. Mast in het domein van het publiek recht onuitwisbaar verbonden blijven aan zijn standaardwerken *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht* en *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, waarvan tot nu toe acht en tien uitgaven van de pers kwamen. Men is geen ernstig beoefenaar van het publiek recht als men deze werken niet binnen zijn handbereik heeft. Beide handboeken verenigen in zich de hoedanigheden van pedagogisch leerboek, onmisbaar consultatiewerk en nuttige referentiebron. Op het ogenblik dat het emeritaat in het verschieft lag en zijn werktempo niet kon worden aangehouden, heeft de leermeester volle vertrouwen gesteld in de gewaardeerde medewerking van jongere krachten zodat aldus, in de steeds bewegende materie van het publiek recht, de continuïteit van het basiswerk zou worden verzekerd.

Allen die met prof. Mast mochten meewerken in diverse hoedanigheden, of die hem hoe dan ook kenden, hebben met diep leedwezen vernomen dat hij op 7 mei 1988 de eeuwige rust heeft gevonden. Zij weten dat hij ook een dierbare echtgenoot en een attentvolle vader was.

Een groot man is in grote bescheidenheid heengegaan.

Prof. dr. W. Lambrechts

BALIE

Orde van Advocaten te Hasselt — Samenstelling van de Raad van de Orde

Stafhouder: mr. Guy Klok.

Leden: mrs. Frans Maris, Willy Zimmermann, Alfons Vandeurzen, Raf Nouwkens, Johan Koninckx, Frans Vereecken, Stéphane Renard, Marc Witters, Guido Fissette, Kris Govaerts, Pierre Carlier, André Weyens, Xavier Gielen en Paul Odeurs.

Vlaamse Conferentie bij de Balie te Antwerpen — Samenstelling van het Bestuur

Voorzitter: mr. Dirk Grootjans; ondervoorzitter: mr. Jan De Man; openingsredenaar: mr. Jan Dyck; beroepsorganisatie: mr. Paul Segers; secretaris: mr. Marleen Beniest; penningmeester: mr. Chantal Merlin; feestorganisatie: mr. Paul Van Leemput; afgevaardigde sport: mr. Jean Van Damme; vertegenwoordiger stagiairs: mr. Marco Schoups.

Conferentie van de Jonge Balie te Tongeren — Samenstelling van het Bestuur

Voorzitter: mr. Arie Sas; secretaris: mr. Colette Wagemans; penningmeester: mr. Cecile Noelmans; leden: mrs. Guido Houben, Eric Jageneau, Jan Ruiters, Johan Smets, Robert Stas, Jan Vandeborne en Josée Vroonen.

De openingsconferentie zal plaatsvinden op 28 oktober 1988.

Conferentie van de Jonge Balie te Hasselt — Samenstelling van het Bestuur

Voorzitter: mr. René Coninx; ondervoorzitter: mr. André Weyens; secretaris: mr. Frank Gruyters; schatbewaarder: mr. Luc Savelkoul; leden: mrs. Regina Gymza, Jos Jans, Caroline Kriekels en Luc Linders.

De openingsconferentie vindt plaats op 30 september 1988, om 18u00 in het Gerechtshof, Havermarkt 10, Hasselt. Mr. H. Vandenberghe spreekt over «Bewijsvoering inzake inkomstenbelasting en B.T.W.».

BERICHTEN

Juridisch postacademisch onderwijs in Nederland — Programma-overzicht najaar 1988

Arbeids- en Sociaal Recht

Gelijkheid man en vrouw in de sociale zekerheid: sneuvelt de Nederlandse sociale zekerheid onder de bijl van het BuPo-verdrag en het EG-recht?

Actualiteiten arbeidsrecht
Ambtenarenontslagrecht (herhaling)

RU Leiden
KUN
EUR

Belastingrecht

Fiscale actualiteiten in en uit de BV; nieuwe financieringsmodellen

Brede herwaardering
De nieuwe invorderingswet
Laatste ontwikkelingen in de omzetbelasting
BTW en onroerend goed
Balanslezen voor de juridische praktijk

RU Leiden
RU Limburg
RU Limburg

Participeren in andere bedrijven en overnames; civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten

KUN
EUR
RUU
RUU

Burgerlijk Recht en Burgerlijk Procesrecht

Actuele rechtspraak privaatrecht
Algemene voorwaarden
Het verbintenissenrecht doorgelicht
Enige bijzondere contracten en het NBW
Letselschade in de praktijk
Superheffing en meststoffenwetgeving
Actuele bijzondere aansprakelijkheden: produktaansprakelijkheid; aansprakelijkheid bij bodemverontreiniging; medische aansprakelijkheid

VU
VU
VU
VU
VU
RUG

Recente ontwikkelingen in het verbintenissen-

RU Leiden

recht	RU Leiden	Actuele rechtspraak strafrecht	VU
Zekerheidsrechten in beweging	RU Leiden	Cassatie in strafzaken: recente ontwikkelingen	RU Leiden
De nieuwe wettelijke regeling van de produktaansprakelijkheid	RU Limburg	Recente jurisprudentie straf- en strafprocesrecht	KUN
Actuele ontwikkelingen verkeersaansprakelijkheidsrecht	KUN	Veranderingen in het materiële strafrecht	EUR
Agrarische actualiteiten	KUN	Invloed advocaat op penitentiaire mogelijkheden	RUU
Vermogensoverheveling; civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten	KUN	<i>Vennootschapsrecht</i>	
Burgerlijk procesrecht; praktijkproblemen	KUN	Ontwikkelingen rond de juridische positie van directeuren-aandeelhouders van besloten vennootschappen	RUG
Centrale leerstukken burgerlijk recht (deel II)	KUN	De coöperatieve vereniging	KUN
Bewijsrecht in civiele zaken	EUR	Juridische aspecten van de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening	KUN
Bouwrecht in beweging	EUR	Inkoop eigen aandelen en aanverwante transacties	EUR
Zekerheidsrechten: jurisprudentie (BW) en toekomstige ontwikkelingen (NBW)	EUR	Jaarrekeningenrecht voor juristen	EUR
Contracten maken voor gevorderden	RUU		
Echtscheidings(proces)recht	RUU		
Ontwikkelingen in het verbintenissen- en zakenrecht 1970-1990 (BW/NBW)	RUU		
<i>Gezondheidsrecht</i>		<i>Vreemdelingenrecht</i>	
Aansprakelijkheid in het gezondheidsrecht	RUG	De internationale verdragen en de rechtspositie van de vreemdeling in Nederland	RU Leiden
Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke ziektekostenverzekeringen	RU Leiden	<i>Vreemdelingenrecht</i>	EUR
Gezondheidsrecht in de ambulante geestelijke gezondheidszorg	KUN	<i>Diversen</i>	
Wetgeving gezondheidsrecht in perspectief	RU Limburg	Gesprekstechnieken en beïnvloedingsstijlen: de toepassing in de juridische praktijk	UvA
<i>Handels- en Economisch Recht</i>		De Europese Gemeenschap in 1992: de voltooiing van de interne markt	UvA
Balansanalyse en financiële verslaggeving voor juristen	VU	Français Juridique, Frans recht en Franse rechtstaal	UvA
Boekhouden voor juristen	VU	Rechtsinformatica; toepasbaarheid in de praktijk	VU
Vennootschaps- en inkomstenbelasting m.b.t. ondernemingen (voor juristen)	VU	Studiefinanciering, uitvoering en jurisprudentie	EUR
Bankrecht: effectenrecht	RU Leiden	Software bescherming en contracten	EUR
Steunverlening en Europees recht: de positie van bedrijven	RU Leiden	Pensioen	RUU
Vervoerrecht en boek 8 nieuw BW (herhaling)	EUR	Schrijfvaardigheid	RUU
Warenwetgeving naar Nederlands en Europees recht	EUR	Vaardigheidstraining presentatietechnieken	RUU
Octrooierecht	RUU	«Ins and outs» van automatiseringscontracten	RUU
<i>Jeugd- Relatie- en Erfrecht</i>		Workshop privacyreglementen	RUU
Alimentatierekenen volgens de netto- en brutomethode	VU	Onderhandelen voor juristen	RUU
Successiewet	RUG	Juridische mogelijkheden voor gemeenteraden en praktische aspecten van het gemeentelijke alcoholmatigingsbeleid	RUU
Alimentatierekenen volgens de brutomethode	KUN		
Actuele ontwikkelingen in het erfrecht	KUN		
Huwelijksvermogensrecht, recente jurisprudentie	EUR		
<i>Milieurecht en Ruimtelijke Ordening</i>			
Handhaving van het milieurecht, theorie en praktijk van de toepassing van handhavingssregels in de milieuwetgeving	UvA		
Recente ontwikkelingen in het milieurecht	RU Limburg		
Actuele ontwikkelingen in het milieurecht	RUU		
<i>Staats- en Bestuurs- en Administratief Recht</i>			
Publiek- en privaatrechtelijke belastingen	UvA		
Privatisering 1988; juridische en financieel economische aspecten	VU		
Bestuursdwang	RU Leiden		
Follow up Tijdelijke Wet Kroongeschillen en gewijzigde Wet op de Raad van State	RU Limburg		
Horizontale werking grondrechten in de praktijk	KUN		
Tijdelijke Wet Kroongeschillen in de praktijk	EUR		
Effectief procederen in administratiefrechtelijke geschillen	RUU		
Actuele vraagstukken rond de ambtelijke rechtspositie	RUU		
<i>Straf- en Strafprocesrecht</i>			
Verweren in het strafprocesrecht	VU		
		Dit overzicht wordt aangeboden door de Landelijke Contactcommissie Juridisch P.A.O. waarin de coördinatoren van alle juridische facultaire P.A.O.-bureaus zitting hebben. Het secretariaat van de commissie is ondergebracht bij het P.A.O.-bureau van de K.U. te Nijmegen. De cursussen zijn gepland in de maanden september tot en met december.	
		Voor nadere informatie over inhoud, data en prijs van een bepaalde cursus dient u contact op te nemen met het P.A.O.-bureau van de faculteit, die achter de betreffende cursustitel vermeld staat. De adressen van de P.A.O.-bureaus zijn:	
		Stuurgroep P.A.O. Rechtsgeleerdheid regio Amsterdam	
		Bureau Juridisch PAO Vrije Universiteit Amsterdam (VU)	
		Mw E.A.S. van Schaijk-Linthorst Homan	
		Postbus 7161 1007 HC Amsterdam	
		020-5486907	
		Bureau Juridisch P.A.O. Faculteit Universiteit van Amsterdam (UvA)	
		Mw H.M. van der Meij-Netel	
		O.Z. Achterburgwal 217-219	
		1012 DL Amsterdam	
		020-5253407 (b.g.g. 020-179221)	
		Bureau Juridisch P.A.O. Rijksuniversiteit Groningen (RUG)	
		Mr. G.J.C.M. Snellebrand	
		Turftorenstraat 13	
		9712 BM Groningen	
		050-635748-635700	
		Bureau Juridisch P.A.O. Rijksuniversiteit Leiden (RU Leiden)	
		Drs. E.H.V. Simoons-Haakma	

Hugo de Grootstraat 32
2311 XK Leiden
071-277862/277833

Bureau Juridisch P.A.O. Rijksuniversiteit Limburg (RU Limburg)

Mw M. Sprengers
Postbus 616
6200 MD Maastricht
043/887232

Bureau P.A.O. Rechtsgeleerdheid Katholieke Universiteit Nijmegen (KUN)

Mr. J.C.W.J. Edixhoven-Majoor/Mr. L.J.T.M. Hermans-Brand
Postbus 9049
6500 KK Nijmegen
080-512256/512255

Commissie Juridisch P.A.O. Erasmus Universiteit Rotterdam (EUR)

Mr. I.N. Fokma-Lanzing/Mr. J.J. Richters-van den Heuvel
Postbus 1738
3000 DR Rotterdam
010-408.1597/408.1598(408.1111)

Bureau Juridisch P.A.O. Katholieke Universiteit Brabant (KUB)

Mr. M.P.F. Borgman
Postbus 90153
5000 LE Tilburg
013-662660

Bureau Juridisch P.A.O. Rijksuniversiteit Utrecht (RUU)
Secretariaat Dhr. J.A.M. Hartings
Drift 8
3512 BS Utrecht
030-393021/393022

Colloquium «De gerechtelijke voogdij over de onderneming»

Het Interdisciplinair Treffpunt Onderneming — Administratie — Universiteit organiseert op 4 november 1988 een colloquium over dit onderwerp, onder het voorzitterschap van J. Van Compernelle, decaan van de rechtsfaculteit van de UCL en P. De Vroede, professor aan de VUB.

Programma:

- 9.00 u. Inleidend rapport door X. Dieux, advocaat, maitre de conférences ULB.
- 9.30 u. De tussenkomst van de rechter in de handelsovereenkomsten door D. Philippe, advocaat, docent ICHEC en UCL.
- 10.15 u. De tussenkomst van de rechter in de bankcontracten door J.P. Buyle, advocaat.
- 11.00 u. Pauze.
- 11.30 u. De tussenkomst van de rechter in het Europees Recht door J.P. Hordies, advocaat, navorser aan het Institut d'Etudes Européennes, ULB.
- 12.15 u. De provisie in kort geding in het zakenleven door D. Lindemans, advocaat.
- 13.00 u. Lunch.
- 15.00 u. De tussenkomst van de rechter in het administratief recht door D. Lagasse, advocaat.
- 15.45 u. De tussenkomst van de rechter in het arbeidsrecht door J. Clesse, advocaat, assistent ULg.
- 16.30 u. Syntheseverslag door M. Flamée, advocaat, docent VUB.

Inlichtingen: Itoau-Cieau, Tervurenlaan, 52, 1040 Brussel, tel.: 02/736.05.36, telefax: 02/734.87.47.
Inschrijving: 5.300 BF. (waarin begrepen lunch en documentatie)
te storten op rek. 210-0348440-68 van Itoau-Cieau, 1040 Brussel.

TIJDSCHRIFTEN

Revue de Droit Pénal et de Criminologie, 1987 nr. 4

Pradel, J., La détention provisoire selon le droit français contemporain; De Valkeneer, G., L'activité des polices communales à Bruxelles; Somerhausen, C., L'internationalisation des sociétés contemporaines dans le domaine de la criminalité et les réponses du mouvement de défense sociale; Sage, J.; Chronique de législation pénale 1985.

nr. 5, mei

Sims, P.N. en Tsitsoura, A., La convention européenne sur la violence et les débordements des spectateurs lors des manifestations sportives et notamment les matches de football; Dunand, M.A., Violence et panique dans le stade de football de Bruxelles en 1985: approche psychosociale des événements; Zimmermann, M., La violence dans les stades de football: le cas de l'Allemagne fédérale.

nr. 6, juin

Van Gerven, G., Problèmes actuels concernant l'insubordination; Gorié, F., Problèmes actuels de la procédure pénale militaire; Andries, A., Problèmes actuels de droit des conflits armés; Thomas, F., Aspects internationaux du droit militaire; De Smet, A., La responsabilité pécuniaire respectivement de l'état et des militaires pour infractions non intentionnelles de ces derniers; Screvens, R., Chronique: Le Travail au service de la communauté.

Revue du Notariat Belge, 1987

nr. 2771, mei

Demblon, J., Acte de notariété (attestation d'hérédité, certificat de propriété successorale).

nr. 2772, juni-juli

Bourseau, R., Prudence du notaire à l'égard de la séparation des patrimoines; De Valkeneer, R., Notaire ou séquestre?

nr. 2773, augustus

Cottin, P., La clause de révision quinquennale dans les prêts hypothécaires; Lox, F., Le tribunal de famille (1790-1795); Ranscelot, Y., Urbanisme. Attention à la prescription!

nr. 2774, septembre

Michel, H., Aspects juridiques de la s.p.r.l. unipersonnelle.

Revue Générale des Assurances et des Responsabilités, 1987

nr. 5, mei

Hannequart, Y., Etat antérieur et prédispositions morbides.

nr. 6, juin

Fallon, M., L'adaptation de la responsabilité du fait des produits à la directive européenne du 25 juillet 1985; Libouton, J., noot onder Hof Brussel, 5 februari 1986 (luchttransport, art. 17 van het Verdrag van Warschau).

Revue trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique, 1987

nr. 2

Blanc, G., La conciliation comme mode de règlement des différends dans les contrats internationaux; Derruppe, J., Organisation générale du commerce, actes de commerce, commerçants et fonds de commerce; Francon, A., Propriétés incorporelles, Propriété littéraire et artistique; Reinhard, Y., Sociétés par actions; Alfandahi, E., Jeantin, M., Sociétés civiles, associations et autres groupements; Cabrillac, M., Teyssie, B., Crédit et titres de crédit; Hémard, J., et Bouloc, B., Ventes, transports et autres contrats commerciaux; Bouzat, P., Droit pénal des affaires; Blancher, R., Régime fiscal des affaires.