

DE VADERLIJKE ERKENNING VAN EEN BUITENHUWELIJKS KIND EN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL

1. In de *Code civil* was de erkenning van een (natuurlijk) kind een eenzijdige rechtshandeling, ongeacht of die uitging van een man of van een vrouw. Dit hield in dat voor de erkenning de eenzijdige wilsverklaring van de erkenner, afgelegd in de door de wet voorgeschreven authentieke vorm, volstond, en dat op geen enkele wijze de medewerking van de andere ouder of van het te erkennen kind vereist was ¹.

2. In het wetsontwerp-Van Elslande tot hervorming van het afstammingsrecht werd het eenzijdige karakter van de moederlijke en vaderlijke erkenning behouden. In de memoire van toelichting wordt het toekennen van een toestemmings- of vetorecht aan de moeder uitdrukkelijk verworpen, omdat zulks de juridische bekrachtiging van de waarheid eerder in de weg zou staan dan dienen, en omdat zulks de moeder, die in sommige gevallen tegenover de vader negatieve gevoelens koestert, wapens in de hand zou geven om haar belangen veeleer dan die van haar kind te dienen ².

Professor J.M. Pauwels, van wie het een publiek geheim is dat hij de geestelijke vader van dit wetsontwerp was, verdedigde zulks m.b.t. de vaderlijke erkenning door te stellen dat de eenzijdige erkenning door geen enkel man lichtzinnig aangewend wordt, en dat de inspraak van de moeder ter zake als enig resultaat zou hebben haar de mogelijkheid te bieden wraak te nemen op de vader die haar verlaten heeft, en geenszins de waarheid noch het belang van het kind zou dienen ³.

3. Reeds vanaf het begin was dit volledige behoud van de opvatting van de Code Napoléon voorwerp van kritiek; hoewel werd toegegeven dat het al te gerisikeerd leek en in elk geval al te weinig in overeenstemming met onze rechtstraditie om de vaderlijke erkenning te onderwerpen aan de voorafgaande toestemming van de moeder, werd toch gepleit voor het aanbrengen van enige beperkingen aan de erkenningsvrijheid van de man ⁴.

4. Tijdens de voorbereidende werkzaamheden van de nieuwe afstammingswet werd de kwestie van het inspraakrecht van moeder en kind inzake vaderlijke erkenning zeer uitvoerig bediscussieerd. Uiteindelijk werd op initiatief van enkele vrouwelijke parlementsleden in de senaatscommissie voor de Justitie een regeling aangenomen, met een zeer nipte meerderheid ⁵, waarbij een radicale breuk met de *Code*

civil-traditie werd doorgevoerd door zowel aan de moeder als aan het kind een zeker medezeggenschap toe te kennen.

De zgn. absolute vrijheid van vaderlijke erkenning uit het wetsontwerp, werd onaanvaardbaar geacht wegens een beoogde strijdigheid met enkele fundamentele beginselen, waarbij o.m. gedacht werd aan de belangen van het kind wiens verwekking het gevolg is van een verkrachting ⁶. Verder werd erop gewezen dat het onaanvaardbaar zou zijn dat ongetrouwde moeders die geruime tijd alleen de verantwoordelijkheid en de vaak zware lasten t.a.v. hun kind op zich hebben genomen, naderhand plots zonder enig verweermiddel geconfronteerd zouden worden met een erkenning door een man die beweert de vader te zijn ⁷.

5. Reeds bij de bespreking in de senaatscommissie voor de Justitie hebben sommige senatoren zich zeer hevig verzet tegen het invoeren van een inspraakrecht voor de moeder; een lid stelde dat aldus aan de moeder een soort economisch eigendomsrecht over haar kind zou worden verleend ⁸. Reeds in dat stadium van de besprekingen werd er ook bezwaar aangetekend tegen een dergelijke regeling wegens de strijdigheid met het non-discriminatiebeginsel, en werd ervoor gewaarschuwd dat zo'n regeling in strijd kan zijn met het E.V.R.M., meer bepaald art. 14 ⁹.

Op de door de senaatscommissie ingevoerde regeling werd een amendement ingediend dat van de vaderlijke erkenning opnieuw een eenzijdige rechtshandeling maakte, maar waarbij aan de moeder wel de mogelijkheid gegeven zou worden er de nietigverklaring van te vorderen op grond van strijdigheid met het belang van het kind ¹⁰. De initiatiefneemster verantwoordde het amendement als volgt: «Als een vrouw bewust ongehuwd is, dan is dat haar zaak. Als zij bewust ongehuwd is en moeder, dan is dat ook haar zaak. Maar, bewust aan haar kind een vader onthouden, dat is niet haar zaak (...). Het is niet omdat een vrouw een kind ter wereld brengt dat dit kind haar economische eigendom is» ¹¹. Dit amendement werd niet aanvaard ¹².

6. Bij de besprekingen in de kamercommissie voor de Justitie werd een amendement ingediend om het inspraakrecht van de moeder op te heffen en alleen het toestemmingsrecht van het kind zelf vanaf achttien jaar te behouden ¹³, en werd het amendement uit de Senaat opnieuw ingediend ¹⁴. Tijdens de discussie in de kamercommissie werd gewezen op

¹ Zie PAUWELS, J.M., *Beginnelsen van Personen- en Familierecht*, deel 3, Leuven, Acco, 1986, nr. 15.73, p. 43; RIGAUX, F., *Les Personnes*, I, Brussel, Larcier, 1971, nr. 2722; DE PAGE, H., *Traité*, I, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 1125, A, p. 1188.

² *Gedr.St., Senaat*, 1977-78, nr. 305-1, p. 13.

³ PAUWELS, J.M., *l.c.*, nr. 15.75, p. 44; PAUWELS, J.M., «Het wetsontwerp-Van Elslande betreffende afstamming en adoptie», *R.W.*, 1978-79, (1201), 1207, nr. 22.

⁴ MEULDERS-KLEIN, M.-T., «La réforme du droit de la filiation en Belgique», *Rev. Trim.Dr.Fam.*, 1979, (5), p. 21-23, nrs. 32-34.

⁵ 9 stemmen tegen 8; *Gedr.St., Senaat*, 1984-85, nr. 904-2, p. 65.

⁶ *Ibid.*, p. 58; cf. *Gedr.St., Kamer*, 1985-86, nr. 378-16, p. 39-40.

⁷ *Ibid.*, p. 59 en 63; cf. *Gedr.St., Kamer*, 1985-86, nr. 378-16, p. 39.

⁸ *Ibid.*, p. 62.

⁹ *Ibid.*, p. 59.

¹⁰ *Gedr.St., Senaat*, 1984-85, nr. 904-5.

¹¹ *Parl.Hand., Senaat*, 3 juli 1985, p. 3241.

¹² *Parl.Hand., Senaat*, 10 juli 1985, p. 3464.

¹³ *Gedr.St., Kamer*, 1985-86, nr. 378-6.

¹⁴ *Gedr.St., Kamer*, 1985-86, nr. 378-5.

het gevaar dat België ingevolge de bevoorrechtiging van de moeder inzake erkenning andermaal door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens veroordeeld zou worden op grond van de artt. 8 en 14 E.V.R.M.¹⁵ Er werd ook voor gewaarschuwd dat de invoering van het inspraakrecht van de moeder een aanmoediging zou vormen voor de «hyperfeministische tendens» die bij zekere vrouwen wordt waargenomen om wel een kind te willen maar geen levensgezel en zelfs geen vader voor het kind¹⁶.

De voorstanders van het inspraakrecht van de moeder antwoordden dat het volkomen normaal is dat de moeder vooraf betrokken wordt bij de erkenning van haar kind daar zij er vanaf de geboorte verantwoordelijkheid voor heeft opgenomen, dat de wet de zwakste partij moet beschermen, en dat de voorgestelde regeling voldoende waarborgen bevat om een discretionair verzet van de moeder te beletten¹⁷. Ook hier werden alle amendementen opnieuw verworpen¹⁸.

7. De W. 31 maart 1987 onderscheidt aldus in de regeling van de vaderlijke erkenning drie gevallen.

1° *Het te erkennen kind is reeds achttien jaar of meer of ontvoogd*: dan is de instemming van het kind met de erkenning vereist. Het kind hoeft zijn weigering niet te motiveren, en de man beschikt over geen rechtsmiddel bij de rechtbank. Aldus verschaft de meerderjarigheid en de ontvoogding aan een persoon een vetorecht tegen een laattijdige vaderlijke erkenning (art. 319, § 2 B.W.).

2° *Het te erkennen kind is een niet-ontvoogde minderjarige wiens moeder in leven is en in staat haar wil te uiten*: dan is in ieder geval de voorafgaande instemming van de moeder van het kind vereist, en bovendien ook de instemming van het kind zelf zodra dit de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt. In beide gevallen gaat het nochtans niet om een vetorecht: bij weigering kan de aspirant-erkenner beroep aantekenen bij de rechter. De procedure hiervoor verloopt in twee fasen.

– De aspirant-erkenner leidt de procedure in bij de vrederechter, die de partijen doet oproepen in raadkamer, en hen poogt tot overeenstemming te laten komen. *Ofwel* ontvangt de vrederechter de nodige toestemmingen op basis van het akkoord dat hij tot stand heeft kunnen brengen, *ofwel*, indien zijn poging mislukt, verwijst hij de zaak naar de burgerlijke rechtbank, waardoor zij aldaar automatisch aanhangig wordt.

– In de tweede fase van de procedure kunnen zich opnieuw twee mogelijkheden voordoen:

a) er wordt bewezen (door de moeder en/of het kind van vijftien jaar of meer) dat de aspirant-erkenner niet de genetische vader is van het kind; in dat geval moet de rechtbank het verzoek tot erkenning afwijzen;

b) er wordt niet bewezen dat de genetische band ontbreekt; in dat geval oordeelt de rechtbank of het verzoek tot erkenning al dan niet kan worden toegewezen op grond van het criterium van het *belang van het kind* (art. 319, § 3, B.W.).

3° *Het te erkennen kind is een niet-ontvoogde minderjarige zonder moeder of wiens moeder niet in staat is haar wil te uiten*:

dan is geen voorafgaande instemming vereist, en is de erkenning een eenzijdige rechtshandeling. De erkenning moet dan wel ter kennis gebracht worden van de wettelijke vertegenwoordiger (de voogd) van het kind, alsook van het kind zelf als dit minstens vijftien jaar is. Deze kunnen de vernietiging van de erkenning vorderen binnen zes maanden, op een dubbele grondslag: het ontbreken van de genetische band, in welk geval de rechtbank de nietigverklaring moet uitspreken, en het belang van het kind. Tot het verstrijken van deze periode van zes maanden of, in geval van procedure, tot het in kracht van gewijsde gaan van de uitspraak, kan de – rechtsgeldige – erkenning niet worden tegengeworpen aan de wettelijke vertegenwoordiger noch aan het kind (art. 319, § 4, B.W.).

8. Dat het meerderjarige kind een vetorecht heeft als een man het ten vroegste achttien jaar na zijn geboorte (vóór de W. 19 januari 1990: 21 jaar), dus zeer laattijdig, wenst te erkennen, wordt over het algemeen gezien als de uitdrukking van een correcte afweging van de respectieve belangen van kind en vader¹⁹. Wel is het onverklaarbaar waarom het meerderjarige of ontvoogde kind geen vetorecht (en zelfs niet de minste inspraak) heeft m.b.t. een laattijdige moederlijke erkenning (zie art. 313 B.W.).

Over de wenselijkheid van het inspraakrecht (geen vetorecht) van het kind zelf tussen vijftien en achttien jaar, zijn de meningen verdeeld²⁰. De impliciete verwijzing door de wetgever naar de regeling bij adoptie en volle adoptie, waar het kind vanaf vijftien jaar een vetorecht heeft (art. 349, eerste lid, en art. 369, § 1 B.W.) gaat nochtans niet op, daar de vestiging van een gewone afstammingsband op basis van het genetische ouderschap iets geheel anders is dan de vestiging van een adoptieve afstammingsband die dan nog meestal in de plaats komt van een bestaande gewone afstammingsband²¹.

9. Het inspraakrecht van de moeder daarentegen, dat geldt voor elke vaderlijke erkenning vanaf het begin van de zwangerschap (want het geval van de erkenning van het nog niet geboren kind moet gelijkgesteld worden met het tweede bovenvermelde geval) tot aan de meerderjarigheid van het kind, is ook in de rechtsleer op veel kritiek onthaald.

F. Rigaux stelt dat deze innovatie geïnspireerd is «par une volonté de revanche féministe aussi mesquine que peu éclairée»²².

Inhoudelijk wordt er allereerst op gewezen dat de rechter die, ingeval het bewijs van niet-vaderschap niet geleverd wordt, dient te oordelen «met inachtneming van de belangen van het kind» (art. 319, § 3, vierde lid B.W.), aldus over de exorbitante bevoegdheid beschikt om te oordelen of de aspirant-erkenner een wenselijke vader is of niet²³.

¹⁹ Cf. RIGAUX, F., «Une politique de la filiation», in *La filiation et l'adoption*, Brussel, Ed. du jeune barreau, 1988, (303), p. 328; *contra*: HEYVAERT, A., in *Comm.Pers.*, B.W., art. 319-15, nr. 30, afl. 1988.

²⁰ *Pro*: DALCO, J., «La réforme du droit de la filiation», *J.T.*, 1987, (393), 397, nr. 13; *contra*: HEYVAERT, A., *l.c.*

²¹ RIGAUX, F., «Le nouveau droit de la filiation à l'épreuve des droits de l'homme», *Ann.Dr.Louvain*, 1987, (379), 394, nr. 17; cf. anders: *Gedr.St., Kamer*, 1985-86, nr. 378-6, p. 2.

²² *l.c.*, (1987), nr. 17, p. 393.

²³ MEULDERS-KLEIN, M.-T., «L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987», *Ann.Dr.Lou-*

¹⁵ *Gedr.St., Kamer*, 1985-86, nr. 278-16, p. 37.

¹⁶ *Ibid.*, p. 40.

¹⁷ *Ibid.*, p. 39-40.

¹⁸ *Ibid.*, p. 42.

Vooraf is door een unanieme rechtsleer het discriminerende karakter aangeklaagd van het onderwerpen van de vaderlijke erkenning aan de inspraak van de moeder, nu voor het vestigen van de moederlijke afstamming in het algemeen en de (uitzonderlijke) moederlijke erkenning in het bijzonder in geen enkele vorm van inspraak van de vader (evenmin trouwens als van het kind) voorzien is; tevens is gewezen op de strijdigheid van de nieuwe regeling met het recht op bescherming van het gezinsleven, dat het recht inhoudt zowel voor de vader als voor het kind om hun band juridisch bevestigd te zien ²⁴.

10. Reeds in een wetsvoorstel van 26 oktober 1988 stelde senator Cerexhe voor om de huidige wettelijke regeling van de vaderlijke erkenning, die hij strijdig acht met art. 8 E.V.R.M. en met het beginsel van de non-discriminatie, te vervangen door een systeem waarbij in essentie:

a) het veto recht van het meerderjarige en het ontvoogde kind uitgebreid wordt tot de moederlijke erkenning;

b) het systeem van de voorafgaande toestemming van de moeder tot de vaderlijke erkenning van een minderjarig niet-ontvoogd kind vervangen wordt door een systeem van eenzijdige vaderlijke erkenning, maar met mogelijkheid voor de moeder om achteraf de nietigverklaring ervan te vorderen, niet alleen op grond van het ontbreken van genetisch vaderschap, maar eveneens wegens de strijdigheid van de erkenning met de belangen van het kind ²⁵.

11. Uit de weinig talrijke gepubliceerde rechtspraak blijkt vooral dat de rechters zich onwennig voelen bij het gebruik maken van de exorbitante bevoegdheid die art. 319, § 3, tweede lid, B.W. hun verleent en bij het invullen van de blanco-norm die deze bepaling inhoudt.

In een vonnis van de Rechtbank te Brussel van 1 juni 1988 wordt geoordeeld dat het niet in het belang van een vierjarig kind is machtiging te verlenen tot erkenning door de vermeende biologische vader die gedurende vijf jaar had nagelaten ook maar enig affectief of materieel contact te onderhouden met zijn kind; de vraag naar een maatschappelijk

onderzoek wordt afgewezen wegens de gevaren voor het psychologische evenwicht van het kind ²⁶.

In een vonnis van de rechtbank te Namen van 29 juni 1988 kwam de wenselijkheid ter sprake van de erkenning van een zevenjarig kind door de vermeende biologische vader die sinds twee jaar geen enkel contact meer had met zijn kind dat intussen door de (nieuwe) echtgenoot van de moeder erkend was. Geconfronteerd met tegenstrijdige eenzijdige verklaringen van de aspirant-erkenner enerzijds en van de moeder anderzijds, besluit de rechtbank om overeenkomstig art. 872, eerste lid, Ger. W. van het O.M. te vorderen om een maatschappelijk onderzoek te doen uitvoeren teneinde inlichtingen in te winnen omtrent de concrete leefsituatie van de aspirant-erkenner ²⁷.

Ook in een vonnis van de Rechtbank te Namen van 3 mei 1989 ²⁸, die te oordelen had over de wenselijkheid van de erkenning van een zesjarig kind door de vermeende vader die er sinds drie jaar geen contacten meer mee had, wordt het parket gevorderd inlichtingen in te winnen. De rechtbank maakt aldus een analogische toepassing in afstammingszaken van art. 872, eerste lid Ger.W., dat de mogelijkheid om van het O.M. inlichtingen te vorderen alleen uitdrukkelijk voorziet voor geschillen inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag, bewaring van kinderen, verblijfplaats van echtgenoten, uitkeringen tot onderhoud en adoptie ²⁹.

De Rechtbank te Brussel overwoog in een vonnis van 5 april 1989 dat in beginsel de mens er een intrinsiek voordeel bij heeft om zijn eigen (biologische) vader als vader te hebben en niet de eerste de beste andere man die nadien de moeder zou aanstaan. Niettegenstaande de uiterst conflictuele situatie tussen de moeder en de biologische vader, wordt die gemachtigd om zijn vijfjarig kind te erkennen, t.a.v. wie hij sinds jaren door tal van procedures geprobeerd had contact te behouden ³⁰.

In een vonnis van 6 november 1990 diende de Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt zich uit te spreken over een vordering tot nietigverklaring van een vaderlijke erkenning verricht na het overlijden van de moeder van het kind ³¹. Overeenkomstig art. 319, § 4, vijfde lid, B.W. moet de rechtbank de erkenning nietig verklaren als bewezen wordt dat de erkenner niet de biologische vader is, en anders over de vordering tot nietigverklaring oordelen «met inachtneming van de belangen van het kind». De rechtbank meent dat de belangen van het intussen tienjarig kind dat sinds het overlijden van zijn moeder door de moederlijke grootmoeder wordt opgevoed, duidelijk wijzen in de richting van het laten voortbestaan van de erkenning maar tegelijk in het blijvend toevertrouwen van het bestuur over de persoon en de goederen van het kind aan de grootmoeder-voogdes. De rechter stelt vast dat hij deze oplossing evenwel niet binnen zijn bevoegdheid kan verwezenlijken (ze is juridisch trouwens slechts gedeeltelijk verwezenlijikbaar). Uitgaande van het beginsel dat het fenomeen van het vaderschap een essentiële

vain, 1987, (213), 260, nr. 90; zie ook VIEUJEAN, E., «Le nouveau droit de la filiation», *Ann.Dr.Liège*, 1987, (99), 115-117.

²⁴ HEYVAERT, A., *l.c.*, B.W. art. 319-16, nr. 31, die stelt dat de regeling strijdig is zowel met art. 8 E.V.R.M. (recht op gezinsleven) als met art. 14 gecombineerd met art. 8 E.V.R.M.; MEULDERS-KLEIN, M.-T., *l.c.*, (1987), die art. 319 B.W. in strijd acht met de artt. 8 en 14 E.V.R.M.; MEULDERS-KLEIN, M.-T., «Les droits civils de l'enfant à la lumière de la Convention des Nations Unies», *Studiedag U.C.L.*, 30 november 1990, nr. 25, p. 8-9; DALCO, J., *l.c.*, nr. 13, p. 397: strijdigheid met art. 8 E.V.R.M. en met het non-discriminatiebeginsel; RIGAUX, F., *l.c.*, (1987), p. 401-403: strijdigheid zowel met art. 8 E.V.R.M. op zichzelf beschouwd als met art. 14 jo. art. 8 E.V.R.M.; CEREXHE, E., noot bij Rb. Namen, 3 mei 1989, *Rev.Rég.Dr.*, 1989, 311; strijdigheid met art. 8 E.V.R.M. en met het gelijkheidsbeginsel; SENAEVE, P., «Krachtlijnen van het nieuwe afstammingsrecht», *Onze Alma Mater*, 1988, (181), 194, nr. 33: discussie van de conformiteit met art. 8 en met art. 14 E.V.R.M.; TULKENS, F., «La filiation paternelle hors mariage: éléments de jurisprudence», *Journal des Procès*, 9 februari 1990, (14), 15-16; VAN GYSEL, A.-Ch., «Les nouvelles lois concernant la filiation et l'adoption», *Rev.Not.B.*, 1987, p. 538-539; strijdigheid met de artt. 8 en 14 E.V.R.M. en met art. 17 en 25 B.U.P.O.-verdrag.

²⁵ *Gedr.St.*, *Senaat*, 1988-89, nr. 464-1.

²⁶ *J.L.M.B.*, 1989, 1451.

²⁷ *J.L.M.B.*, 1989, 1453, noot P.H.

²⁸ *Rev.Rég.Dr.*, 1989, 311, noot E. CEREXHE, en *J.T.*, 1989, 539.

²⁹ Zie hierover DE LEVAL, G., noot bij Vred. Loubeigné, *Ann.Dr.Liège*, 1990, 415.

³⁰ *Rev.Rég.Dr.*, 1989, 309.

³¹ Verder in dit nummer.

schakel is in de normale opvoeding van het kind, dat bovendien op de persoon van de erkenner niets negatief op te merken valt, en ten slotte dat het kind er ook erfrechtelijke belangen bij heeft om zijn vaderlijke afstamming te behouden, wordt de vordering tot nietigverklaring van de erkenning afgewezen.

12. Het is inderdaad zo dat de idee van het belang van het kind die door de wetgever van 31 maart 1987 in het afstammingsrecht werd ingevoerd, hier een heel andere betekenis heeft dan bij geschillen tussen ouders omtrent de uitoefening van het ouderlijk gezag of bij geschillen omtrent de toekenning en de modaliteiten van een omgangsrecht. In laatstgenoemde geschillen moet de rechter alleen het *actuele* belang van het kind nagaan, en heeft zijn uitspraak dan ook slechts een gezag van gewijsde *rebus sic stantibus*, zodat zij steeds vatbaar is voor wijziging wanneer het – geëvolueerde – belang van het kind zulks vereist. Inzake de vaderlijke erkenning daarentegen wordt niet uitsluitend het huidige maar evenzeer het toekomstige belang van het kind beoogd, zodat de beslissing van de rechter dan ook een prognose vergt omtrent de verdere levensloop van het betrokken kind en van de (aspirant)-erkenner; zijn uitspraak heeft hier een volledig gezag van gewijsde, wat inhoudt dat zij geenszins vatbaar is voor later wijziging, hoezeer ook de omstandigheden sindsdien gewijzigd zouden zijn.

13. In een vonnis van de Rechtbank te Bergen van 4 april 1990 werd opgeworpen dat de regel van art. 319, § 3, B.W. in zoverre hij de vaderlijke erkenning afhankelijk stelt van de toestemming van de moeder of van een vervangende rechterlijke machtiging, niet alleen strijdig lijkt met art. 8 en art. 14 E.V.R.M., maar bovendien met de artt. 6 en 6bis van de Belgische Grondwet. Op grond van de nieuwe mogelijkheden die de Bijzondere Wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof biedt, legt de rechtbank, alvorens ten gronde te oordelen, aan het Arbitragehof een prejudiciële vraag voor m.b.t. de conformiteit van art. 319, § 3 B.W. met de artt. 6 en 6bis van de Grondwet³².

Op deze prejudiciële vraag heeft het Arbitragehof nu in het arrest van 21 december 1990³³ geoordeeld dat door de toelaatbaarheid van de vaderlijke erkenning van een minderjarig, niet-ontvoegd kind door de man van wie niet betwist wordt dat hij de biologische vader is, afhankelijk te stellen van de voorafgaande toestemming door de moeder, art. 319, § 3 B.W. de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet inderdaad schendt. Het Arbitragehof roept daarbij een tweevoudige motivering in.

a) *Verskil in behandeling tussen vader en moeder van een buitenhuwelijks kind*

14. Het Arbitragehof stelt vast dat, wat de *moederlijke* afstamming van een buitenhuwelijks kind betreft, deze van rechtswege vastgesteld is door de – verplichte – vermelding, in de geboortekte, van de naam van de vrouw die het kind gebaard heeft (art. 312, § 1, B.W.), en bij gebreke daarvan door de moederlijke erkenning welke aan geen enkele voorafgaande toestemming, noch van de vader, noch van het kind onderworpen is, en evenmin aan enige voorafgaande

rechterlijke controle (art. 313, § 1, B.W.). De *vaderlijke* afstamming buiten het huwelijk dient daarentegen te worden vastgesteld door een erkenning door de man welke de wet afhankelijk stelt van de toestemming door de moeder of anders van een rechterlijke machtiging (art. 319, § 3, B.W.). Deze regelingen houden dus onbetwistbaar een verschil in behandeling in tussen enerzijds de *moeder* van een buitenhuwelijks kind en anderzijds de *vader* van een buitenhuwelijks kind.

15. Om te onderzoeken of dit verschil in behandeling een discriminatie oplevert, dient eerst onderzocht te worden of de afstamming van een kind t.a.v. zijn moeder en diens afstamming t.a.v. zijn vader wel vergelijkbare situaties zijn. Immers, in geval de situaties niet vergelijkbaar zijn, heeft een verschillende behandeling ervan niets met het gelijkheidsbeginsel te maken. Deze eerste stap in de redenering die de vergelijkbaarheidstoets is, wordt door het Arbitragehof niet uitdrukkelijk gezet, zoals het dit in andere gevallen evenmin pleegt te doen³⁴.

Sommigen merken op dat de natuur en de biologie van het menselijke wezen maken dat moederschap en vaderschap essentieel verschillende gegevens zijn³⁵. Dit moge waar zijn, maar het is niet relevant voor de kwestie. Het gaat hier immers niet om juridische regels aangaande het natuurlijk-biologische gegeven van het moederschap/vaderschap zelf (zoals bv. bij zwangerschapsverlof, borstvoedingspremie, enz.), maar wel om de vestiging van de (juridische) afstammingsband van een kind t.a.v. enerzijds zijn moeder, anderzijds zijn vader. Het is m.a.w. niet omdat moederschap en vaderschap biologisch zeer uiteenlopende gegevens zijn en ook het bewijs van beide biologische gegevens geheel verschillend ligt, dat daardoor de kwestie van de vestiging van de afstammingsband van het kind t.a.v. enerzijds zijn moeder, anderzijds zijn vader niet vergelijkbaar zouden zijn. Bovendien moet voor ogen gehouden worden dat de afstamming in juridische zin – waarover het hier gaat – niet slechts de weerspiegeling op het juridische vlak is van de biologische afstamming: het biologische ouderschap maakt weliswaar het algemene substraat uit van het juridische ouderschap, maar de biologische band is principieel noch een noodzakelijk, noch een voldoende vereiste om tussen twee personen een afstammingsband tweeweg te brengen. Het gaat dan ook niet op om uit het essentiële verschil tussen de *biologische* gegevens van moederschap en vaderschap te gaan afleiden dat de *juridische* begrippen van moederlijke afstamming en vaderlijke afstamming onvergelykbare gegevens zouden zijn.

Het is dan ook jammer te noemen dat het Arbitragehof, dat er impliciet maar zeker van uitgaat dat moederlijke en vaderlijke afstamming van een kind wél vergelijkbare toestanden zijn, deze cruciale voorafgaande kwestie niet uitdrukkelijk heeft overwogen.

16. Het Arbitragehof gaat dan onmiddellijk over tot het onderzoek van de *ratio legis* van art. 319, § 3, B.W. Zoals bo-

³⁴ Zie hierover DE RIDDER, P., «De beperkte toetsing van het gelijkheidsbeginsel door het Arbitragehof», *R.W.*, 1990-91, (481), 484-485.

³⁵ Zie bv. senator S. MOUREAUX in de *Toelichting* bij zijn wetsvoorstel tot wijziging van art. 319, § 3 B.W., *Gedr.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1184-1 van 9 januari 1991.

³² Rb. Bergen, 4 april 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 896, noot C. PANIER.

³³ *B.S.*, 17 januari 1991, p. 1079.

ven aangehaald, waren de motieven van de wetgever van 31 maart 1987 driedelig.

1° *Het tegengaan van erkenningen om genoeg te doen.* Dienaangaande oordeelt het Arbitragehof terecht dat deze doelstelling onmogelijk kan worden bereikt door art. 319, § 3, B.W. Immers, de door die bepaling vereiste toestemming van de moeder zal een dergelijke erkenning uit welwillendheid tegenover haar helemaal niet beletten, daar zij die toestemming juist wél kan geven ook al is de erkenner niet de biologische vader. Overigens kan deze doelstelling geenszins verantwoord worden waarom de moederlijke toestemming ook vereist is in geval vaststaat dat de erkenner de biologische vader is, en er dus geen sprake is van erkenning om genoeg te doen. Deze eerste doelstelling is derhalve geenszins relevant voor het gemaakte verschil in behandeling.

2° *Het tegengaan van laattijdige erkenningen.* Het Arbitragehof komt tot de bevinding dat art. 319, § 3, B.W. weliswaar tegemoet komt aan deze doelstelling, maar uitsluitend tegenover de vader die wil erkennen. De moeder die, in geval de afstamming t.o.v. haar niet vaststaat op basis van de geboorteakte, haar kind wenst te erkennen, is daartoe aan geen enkele termijn onderworpen, noch aan enige formaliteit die een beperking van het erkenningsrecht in de tijd kan inhouden. Niettemin kan een late moederlijke erkenning evenzeer – zoniet meer – storend optreden in het bestaan van het kind dan een late vaderlijke erkenning.

Het Arbitragehof had er kunnen mee volstaan vast te stellen dat het gemaakte onderscheid aldus op basis van deze doelstelling niet objectief te rechtvaardigen is, m.a.w. alvast in verband met deze doelstelling arbitrair is. Het Hof expliciteert dit standpunt evenwel niet, maar gaat vervolgens over tot het uitvoeren van de proportionaliteitstoets, hoewel zulks eigenlijk overbodig was.

Terecht komt het Arbitragehof hierbij tot de vaststelling dat het gemaakte onderscheid in behandeling in het licht van deze tweede doelstelling een onevenredig middel is, daar de vervangende machtiging die de rechter kan geven in geval van weigering tot toestemming vanwege de moeder, gebaseerd moet worden op het belang van het kind, en de beoordeling door de rechter van dit begrip in geen enkel opzicht wordt beperkt; m.a.w. aangezien het aan te wenden criterium in feite een blanco-norm inhoudt, kan de weigering door de rechter om een vervangende toestemming te geven, in feite gebaseerd zijn op een geheel van overwegingen die geen enkel verband houden met de eventuele laattijdigheid van de voorgenomen erkenning. De aangewende maatregel wordt aldus redelijkerwijze niet evenredig geacht met dit tweede door de wetgever beoogde doel, daar het manifest is dat hij dit met veel minder stringente maatregelen had kunnen bereiken.

3° *het tegengaan van erkenningen die de moeder blijvend confronteren met de traumatische context van de verwekking.* Hoewel het Arbitragehof zulks niet uitdrukkelijk zegt moet uit het arrest worden afgeleid dat impliciet het Hof van oordeel is dat het hier om een objectief legitiem doel gaat.

Maar de verhouding tussen aan de ene kant de aangewende maatregel, namelijk een voorafgaande toestemming door de moeder of een vervangende machtiging door de rechter *in alle gevallen* van vaderlijke erkenning, wat ook de context van de verwekking zij, en aan de andere kant het beoogde doel, dat uiteindelijk slechts een *zeer miniem aantal gevallen* aangaat, wordt door het Arbitragehof terecht kennelijk on-

evenredig genoemd. Nog meer dan bij het tweede doel is het hier immers duidelijk dat dit derde doel met specifieke, veel minder stringente maatregelen bereikt had kunnen worden.

17. *Conclusie inzake het verschil in behandeling tussen vader en moeder van een buitenhuwelijk kind.* Van de drie bij dit verschil in behandeling door de wetgever beoogde doelstellingen oordeelt het Arbitragehof:

- dat de eerste niet relevant is voor het gemaakte onderscheid;
- dat de tweede niet objectief te rechtvaardigen is in verband met het gemaakte onderscheid; bovendien is het gemaakte onderscheid niet als redelijkerwijze evenredig met deze doelstelling te beschouwen;
- dat de derde weliswaar op zich objectief legitiem is, maar het gemaakte onderscheid evenmin als redelijkerwijze evenredig met deze doelstelling te beschouwen is.

b) Verschil in behandeling tussen in het huwelijk en buiten het huwelijk geboren kinderen

18. Het Arbitragehof vindt in het kwestieuze art. 319, § 3, B.W. ook een verschil in behandeling tussen in het huwelijk en buiten het huwelijk geboren kinderen wat betreft de wijze van vaststelling van hun afstamming van vaderszijde. Hoewel deze kwestie niet voorkwam in het overwegende gedeelte van het vonnis van de Rechtbank te Bergen van 4 april 1990, was de door deze rechter aan het Arbitragehof gestelde prejudiciële vraag zeer ruim geformuleerd.

19. T.a.v. de binnen het huwelijk geboren kinderen geldt de vaderschapsregel, d.w.z. de regel waarbij het vaderschap van rechtswege wordt opgelegd aan de echtgenoot van de moeder (art. 315 B.W.) – door het Arbitragehof ten onrechte, maar in navolging van de terminologie door de wetgever zelf gebruikt³⁶, een *wettelijk vermoeden* van vaderschap genoemd³⁷. T.a.v. de buiten het huwelijk geboren kinderen wordt de vaderlijke afstamming op een geheel andere wijze vastgesteld, namelijk in de eerste plaats door een rechtshandeling uitgaande van de man die een afstammingsband t.a.v. een kind wil vestigen, en die sinds de W. 31 maart 1987 afhankelijk gesteld wordt van hetgeen het Arbitragehof een wisselvallige factor noemt, namelijk de toestemming van de moeder, of de vervangende machtiging door de rechtbank die geweigerd kan worden ook al wordt niet betwist dat de betrokken man de biologische vader is.

Op grond van een uiterst summiere motivering komt het Arbitragehof tot de conclusie dat de vaststelling van de vaderlijke afstamming afhankelijk stellen van een dergelijke «wisselvallige factor» geen bestaansreden vindt in de eigen situatie van de buiten het huwelijk geboren kinderen, zodat we hier eveneens geconfronteerd worden met een discriminatie, namelijk tussen binnen en buiten het huwelijk geboren kinderen.

20. Ook m.b.t. dit tweede aspect van de aangevoerde discriminatie slaat het Arbitragehof de vergelijkbaarheidstoets over. De vraag rijst of de afstamming van vaderszijde van

³⁶ Zie eerste afdeling van hoofdstuk II in titel VII van het eerste boek B.W.

³⁷ Zie hierover Senaev, P., *Het vaderschap van de echtgenoot. Vaststelling en betwisting van de op het huwelijk gebaseerde afstamming langs vaderszijde*, Antwerpen, Kluwer, 1982, nrs. 75-85.

enerzijds een uit een gehuwde vrouw geboren kind en anderzijds een buiten het huwelijk geboren kind, wel vergelijkbare situaties zijn.

In het geval dat een gehuwde vrouw een kind ter wereld brengt, is er *ab initio* een man aanwezig van wie aangenomen mag worden dat hij de biologische vader is van het kind. Het is immers de gewoontelijke gang van zaken dat de echtgenoot van de gehuwde moeder de biologische vader is van het kind, niet zozeer omdat getrouwde vrouwen over het algemeen hun wettelijke partner getrouw zouden zijn — daarover ontbreken voldoende gegevens om een wetenschappelijk gefundeerde uitspraak te doen — maar gewoon omdat overspelige koppels nu eenmaal over het algemeen geen kind wensen te verwekken en bovendien de ontwikkeling en verspreiding van voorbehoedsmiddelen en de depenalisering en uitbouw van faciliteiten m.b.t. zwangerschapsonderbreking het hun ook mogelijk maakt er geen te krijgen. Op basis van deze gewoontelijke gang van zaken wijst de wetgever dan ook het vaderschap t.a.v. een uit een gehuwde vrouw geboren kind toe aan haar echtgenoot: het *quod plerumque fit* wordt door de wet veralgemeend. De «Pater is est»-regel heeft aldus een empirische grondslag³⁸. Het gaat hier dan ook om een regel die voorkomt in de rechtsstelsels van alle geïndustrialiseerde landen en in die van vele ontwikkelingslanden. Bij de hervormingen van het afstammingsrecht in de onderscheiden landen werd er niet of nauwelijks bij stilgestaan³⁹.

Ingeval een vrouw buiten het huwelijk een kind ter wereld brengt is er daarentegen niet zomaar een man voorhanden van wie *prima facie* aangenomen mag worden dat hij de biologische vader van het kind is. Dit is in elk geval zo indien de ongehuwde moeder ten tijde van de verwekking niet samenleefde met een man. Het is juist dat bij langdurig concubinaat van de moeder het vaderschap van haar vriend t.a.v. het uit haar geboren kind feitelijk al even waarschijnlijk is als dat van de echtgenoot t.a.v. het uit zijn vrouw geboren kind. Gezien de empirische grondslag van de vaderschapsregel bestaat er dan ook geen *princiepelijk* bezwaar tegen om deze uit te breiden tot situaties van langdurig ongehuwd samenleven van man en vrouw. Een dergelijke hervorming is evenwel *praktisch* onmogelijk te verwezenlijken, omdat het zeer moeilijk is om een sluitende wettelijke definitie voorop te stellen van het feitelijke samenleven dat, zoals het huwelijk, een automatische vaderschapstoewijzing zou kunnen te weegbrengen en, vooral, omdat een dergelijke uitbreiding in ons rechtsstelsel een formele registratie van het concubinaat zou vereisen, wat velen niet wenselijk zullen achten en wat in elk geval een radicale hervorming van het samenlevingsrecht zou vereisen⁴⁰. Maar zelfs indien een dergelijke institutionalisering van het concubinaat doorgevoerd zou worden, met een daaraan gekoppelde uitbreiding van de vaderschapsregel, zou de situatie blijven bestaan dat voor alle gevallen waarin de ongehuwde moeder niet in zo'n geregistreerd samenlevingsverband zit, de vaderlijke afstamming t.a.v. haar kind, noodgedwongen op een andere manier zou moeten worden vastgesteld.

Op grond van al deze beschouwingen moet m.i. aangenomen worden dat de situatie van een uit een gehuwde resp.

ongehuwde vrouw geboren kind *m.b.t. zijn vaderlijke afstamming* zozeer verschillende karakteristieken vertoont, dat naar redelijkheid niet aangenomen kan worden dat zij vergelijkbaar zouden zijn. Van discriminatie kan er dan ook niet gesproken worden, hoe groot het verschil in behandeling op het vlak van de wijze van vestiging van de vaderlijke afstamming ook zou zijn.

Conclusie. 21. Het arrest van het Arbitragehof zou aan overtuigingskracht gewonnen hebben indien het zich beperkt had tot het aanstippen van de discriminatie, op het vlak van de vestiging van de afstamming, tussen de vader en de moeder van een buitenhuwelijks kind.

Gevolgen van het arrest van 21 december 1990

22. De door het Arbitragehof gewezen *vernietigingsarresten* hebben een absoluut gezag van gewijsde vanaf hun bekendmaking in het Belgisch Staatsblad (art. 9, § 1, Wet Arbitragehof). Dit geldt evenwel niet voor de arresten gewezen op een prejudiciële vraag waarin het Arbitragehof een schending van de Grondwet of van de krachtens de Grondwet uitgevaardigde bevoegdheidsregels vaststelt.

23. Het rechtscollege zelf dat de prejudiciële vraag heeft gesteld, evenals elk ander rechtscollege dat in dezelfde zaak uitspraak zou moeten doen, is verplicht om voor de oplossing van het geschil naar aanleiding waarvan de prejudiciële vraag werd gesteld, zich te voegen naar het arrest van het Arbitragehof (art. 28 Wet Arbitragehof). Dit houdt *in casu* in dat de Rechtbank van Bergen en, na hoger beroep resp. cassatieberoep, het hof van beroep en het hof van cassatie, in deze zaak art. 319, § 3 B.W. dusdanig moeten toepassen dat, voor zover het bewijs niet wordt geleverd dat de verzoeker niet de biologische vader is, de rechtbank geen beoordelingsvrijheid meer heeft en derhalve de gevraagde machtiging tot erkenning *moet* toestaan.

24. In andere zaken dienen de rechtbanken van eerste aanleg en, in hoger beroep, de hoven van beroep, bij wie een verzoek overeenkomstig art. 319, § 3, B.W. hangende is, niet opnieuw een prejudiciële vraag te richten tot het Arbitragehof, maar kunnen zij zich gewoon schikken naar de stelling van het Arbitragehof in het arrest van 21 december 1990, en art. 319, § 3, B.W. in die zin toepassen (zie art. 26, § 2, derde lid, 1° Wet Arbitragehof). Ingeval evenwel het hof van cassatie kennis zou nemen van een zaak waarin een schending van art. 319, § 3, B.W. wordt opgeworpen, dan is het wél verplicht om, op vraag van één der procespartijen, opnieuw een prejudiciële vraag ter zake te richten tot het Arbitragehof (tenzij in het uitzonderlijke geval waarin het cassatieberoep niet ontvankelijk zou zijn om procedurerechten ontleend aan andere normen dan die welke voorwerp uitmaken van de gevorderde prejudiciële vraagstelling) (art. 26, § 2, tweede en derde lid, Wet Arbitragehof).

Ingeval evenwel een rechtbank van eerste aanleg of een hof van beroep zich niet wenst neer te leggen bij de stelling van het Arbitragehof en zou menen dat art. 319, § 3, B.W. niet in strijd is met de artt. 6 en 6bis van de Grondwet, dan is dit rechtscollege er wel toe gehouden om de prejudiciële

³⁸ Zie hierover SENAËVE, P., o.c., nr. 72.

³⁹ Zie SENAËVE, P., o.c., nrs. 54-60.

⁴⁰ Zie SENAËVE, P., o.c., nr. 73.

vraag opnieuw te stellen aan het Arbitragehof⁴¹. Deze verplichting geldt evenzeer indien geen der procespartijen een dergelijk verzoek doet: deze rechtscolleges moeten zelfs *ambtshalve* een dergelijke prejudiciële vraag stellen ingeval zij de interpretatie van het Arbitragehof ter discussie wensen te stellen. Deze rechtscolleges zijn derhalve voor de keuze gesteld; ofwel schicken ze zich naar het arrest van het Arbitragehof, hetgeen concreet inhoudt dat zij weigeren art. 319, § 3, B.W. als dusdanig nog verder toe te passen, ofwel ondervragen zij opnieuw het Arbitragehof over de grondwettigheid van art. 319, § 3 B.W.⁴².

25. Ten slotte staat er voor de Ministerraad en voor de Gemeenschaps- en Gewestexecutieven een nieuwe termijn van zes maanden open voor het instellen van een beroep tot vernietiging tegen art. 319, § 3, B.W. (art. 4, 2°, Wet Arbitragehof). Gezien het beperkte gezag van het arrest van het Hof op de prejudiciële vraag, is het bij zijn uitspraak over een dergelijk beroep tot vernietiging *formeel* niet gebonden door zijn vorige uitspraak⁴³. Begin maart had de regering nog geen beslissing genomen aangaande het al dan niet instellen van dergelijk beroep tot vernietiging. Wellicht zal men meer heil zien in een wetgevend ingrijpen, dat zou toelaten een meer omvattende regeling te treffen voor het probleem van de vaderlijke erkenningen.

26. Ook na het arrest van 21 december 1990 blijft het evenwel nodig voor de man die een minderjarig niet-ontvoegd kind wenst te erkennen om ofwel een voorafgaande toestemming van de moeder te krijgen, ofwel een procedure te starten bij de vrederechter, die de zaak naar de rechtbank van eerste aanleg moet verwijzen indien hij geen overeenstemming tussen de partijen kan bereiken. Het Arbitragehof heeft immers uitdrukkelijk beslist dat art. 319, § 3, B.W., in zoverre dit de ontvankelijkheid van de erkenning afhankelijk stelt van de voorafgaande toestemming van de moeder, de artt. 6 en 6bis van de Grondwet slechts schendt voor zover de erkenning uitgaat van *de man wiens biologisch vaderschap t.a.v. het kind niet betwist wordt*. Welnu, bij gebreke van toestemming van de moeder in de erkenningsakte kan de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris die ze verlijdt, niet uitmaken of het biologische vaderschap van de aspirant-erkenner al dan niet betwist wordt: alleen de rechtbank van eerste aanleg kan zulks vaststellen, nadat het daartoe geëdieerd is door de vrederechter die geen overeenstemming tussen de partijen heeft kunnen bereiken⁴⁴. Bovendien regelt art. 26, § 2, wel het gezag van gewijsde van de arresten van het Arbitragehof gewezen op een prejudiciële vraag, t.a.v. de rechtscolleges, maar wordt niets bepaald m.b.t. dit gezag van gewijsde t.a.v. de gevallen waar geen geschil aan-

hangig is: in deze gevallen blijft de gewraakte bepaling gewoon van kracht en moet zij toepassing vinden⁴⁵.

27. Verder moet bij de erkenning van een vijftien tot achttien jarig kind bovendien diens toestemming tot de erkenning hetzij in de erkenningsakte zelf, hetzij in een voorafgaande akte opgemaakt door een notaris of door de ambtenaar van de burgerlijke stand verworven zijn. Bij gebreke van deze toestemming, en zelfs al geeft de moeder haar toestemming, dient de aspirant-erkenner verder een procedure te starten bij de vrederechter, en moet deze bij gebreke van overeenstemming, verder de zaak verwijzen naar de burgerlijke rechtbank. Bij het beoordelen van de vraag tot machtiging tot erkenning door de man van een vijftien tot achttien jarig kind dat zich tegen deze late erkenning verzet, zal de rechtbank, ingeval niet bewezen wordt dat hij niet de biologische vader is, toch verder het criterium van het belang van het kind moeten toepassen⁴⁶. Dit aspect van de vaderlijke erkenning stond immers niet ter discussie in de prejudiciële vraag die geleid heeft tot het arrest van 21 december 1990. Maar ook over dit aspect van art. 319, § 3, B.W. kan de rechter die het moet toepassen op een concreet geschil vanzelfsprekend een prejudiciële vraag stellen aan het Arbitragehof i.v.m. de betwistbare conformiteit met de artt. 6 en 6bis Grondwet, nu de wet een dergelijke toestemming geenszins vereist voor de moederlijke erkenning van een kind van minstens vijftien jaar.

28. Vergelijking met het Nederlandse recht

Overeenkomstig art. 224, 1, d en e, van het Nederlandse B.W. dient de vaderlijke erkenning steeds gepaard te gaan met een voorafgaande toestemming van de moeder en bovendien, ingeval het kind intussen meerderjarig is, van het kind zelf. De wet voorziet niet in een mogelijkheid van beroep bij de rechter ingeval van weigering door de moeder en/of het kind: zij hebben aldus, overeenkomstig de tekst van de wet, ter zake een absoluut vetorecht.

In een arrest van 8 april 1988 heeft de Nederlandse Hoge Raad evenwel geoordeeld dat met art. 8 E.V.R.M. niet valt te verenigen dat de mogelijkheid tot vaderlijke erkenning wordt beperkt door een niet voor rechterlijke toetsing vatbaar vetorecht van de moeder. Een redelijke, met art. 8 E.V.R.M. rekening houdende uitleg van art. 224, 1, d Ned. B.W. brengt daarom, aldus de Hoge Raad, mede dat, ook al weigert de moeder de daartoe vereiste toestemming, toch een erkenning tot stand kan komen op basis van een rechterlijke uitspraak wanneer de weigering van de moeder slechts als misbruik van bevoegdheid kan worden opgevat⁴⁷.

In een arrest van 18 mei 1990 heeft de Hoge Raad dan weer geoordeeld, in een zaak waarin het kind sinds jaren alleen door de moeder werd opgevoed maar de vader wel een omgangsrecht uitoefende, dat het er bij het criterium dat de weigering van de moeder «slechts kan worden opgevat als misbruik van bevoegdheid», niet om gaat of de door de moeder naar voren gebrachte bezwaren zwaarder wegen dan de

⁴¹ Cf. ALÉN, A. en MEERSSCHAUT, F., «Het Arbitragehof, (nog steeds) een grondwettelijk hof in wording. Een commentaar op de bijzondere wet van 6 januari 1989», *T.B.P.*, 1989, (211), 226, nr. 37.

⁴² Cf. SIMONART, H., in *La Cour d'Arbitrage, Actualité et perspectives*, Brussel, Bruylant, 1988, nr. 178, p. 185; VELAERS, J., *Het Arbitragehof*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1985, nr. 164, p. 140, tekst en noot 60.

⁴³ Zie VELAERS, J., o.c., nr. 165.

⁴⁴ Cf. ERNST-HENRION, M., «Notre droit de la filiation face à l'impossible égalité», *Journal des Procès*, nr. 186, 11 januari 1991, p. 12.

⁴⁵ Cf. KRINGS, E., «Beschouwingen over de gevolgen van de door het Arbitragehof gewezen arresten», *R.W.*, 1985-86, (481), 516, nr. 62.

⁴⁶ Cf. ERNST-HENRION, M., *loc.cit.*

⁴⁷ *N.J.*, 1989, nr. 170, noot EAAL.

belangen van de vader, maar louter of de moeder bij haar weigering in feite geen enkel te eerbiedigen belang kan laten gelden⁴⁸. Aldus heeft de rechter op grond van deze cassatierechtspraak enkel een marginaal toetsingsrecht van de weigering van de moeder, en kan hij hierbij niet onderzoeken of de voorgenomen erkenning al dan niet in het belang van het kind is.

29. *De lege ferenda*

Onmiddellijk na het bekend geraken van het arrest van 21 december 1990 zijn bij de Senaat reeds twee wetsvoorstellen ingediend die beogen de problematiek die beslecht werd door dit arrest van het Arbitragehof door een wetgevend ingrijpen te regelen. Het eerste gaat uit van senator S. Moureaux⁴⁹ en het tweede van senator R. Henrion⁵⁰. Beide bevatten een onverholven kritiek op het arrest van het Arbitragehof. Men heeft de indruk dat bepaalde leden van de wetgevende macht zich moeilijk kunnen neerleggen bij de idee dat een constitutioneel hof een recente wetsbepaling als strijdig met de Grondwet beschouwt en ze aldus neutraliseert.

In het wetsvoorstel-Moureaux wordt de toestemming tot de vaderlijke erkenning afgeschaft in het geval dat de erkenning gedaan wordt in de geboorteakte zelf. Voor het overige wordt de huidige regeling van art. 319, § 3, B.W. grosso modo behouden, maar wordt het criterium van het belang van het kind nader geëxpliciteerd.

In het wetsvoorstel-Henrion worden, in essentie, de huidige regels aangaande de *vaderlijke* erkenning, vervangen door gemeenschappelijke regels voor de vaderlijke en *moederlijke* erkenning, waarbij:

a) er geen vetorecht van het meerderjarige of ontvoogde kind (meer) is, en bij weigering van zijn toestemming een vervangende machtiging verleend kan worden door de rechtbank op grond van het criterium van het belang van het kind;

b) er geen voorafgaande toestemming (meer) nodig is voor de erkenning van een minderjarig niet-ontvoogd kind, maar de erkenning in alle hypothesen gehomologeerd moet worden door de burgerlijke rechtbank, die de homologatie weigert indien bewezen wordt dat er geen genetische band bestaat tussen het kind en de erkenner, en anders beslist in het belang van het kind.

Het is hier niet de plaats om deze wetsvoorstellen uitvoerig te analyseren. Er kan mee volstaan worden erop te wijzen dat ze louter voor het probleem van de formele gelijkheid inzake de vestiging van de afstammingsband t.a.v. een buitenhuwelijk kind enerzijds van moederszijde en anderzijds van vaderszijde een oplossing trachten te bieden, het ene op een al ongelukkigere manier dan het andere. Zij gaan totaal voorbij aan de problematiek van de conformiteit van de regels aangaande de vestiging van de afstammingsband met art. 8 E.V.R.M. in zoverre in het fundamentele recht op bescherming van het gezinsleven, *minstens als regel*, een fun-

damenteel recht op vestiging van de afstammingsband vervat ligt, zowel voor het kind als voor hoofde biologische ouder⁵¹. Het gaat niet op om het afstammingsrecht te amenderen teneinde de strijdigheid met de artt. 6 en 6bis van de Grondwet op te heffen maar tegelijk een strijdigheid met het E.V.R.M. te laten bestaan, of zelfs uit te breiden naar de vestiging van de moederlijke afstamming toe zoals in het wetsvoorstel-Henrion gebeurt.

Om een redelijke uitweg te vinden, die zowel rekening houdt met de hogere rechtsnormen als met de uiterst behartigenswaardige situatie van de moeder van het kind (en het kind zelf) dat verwekt is tengevolge van een daad van geweldpleging, kan met nut inspiratie gevonden worden in de regeling die een klein rechtstelsel als het Luxemburgse hiervoor kent: in de hervorming van het afstammingsrecht door de wet van 13 april 1979 is de vaderlijke erkenning er, in de lijn van de *Code civil*-traditie, een eenzijdige rechtshandeling gebleven, maar bepaalt art. 335, tweede lid, C.Civ. Lux.: «Lorsque l'enfant a été conçu à la suite d'un acte de violence commis sur sa mère, la reconnaissance est soumise au consentement de la mère. Dans ce cas, toute reconnaissance de filiation paternelle faite sans le consentement de la mère sera sans effet et sera annulée à la demande de la mère ou du ministère public.»

Patrick SENAEVE
Instituut voor Familierecht
K.U.Leuven

⁴⁸ N.J.B., 1990, 938.

⁴⁹ *Gedr.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1184-1 van 9 januari 1991.

⁵⁰ *Gedr. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1197-1 van 14 januari 1991, waarvan de toelichting overeenstemt met het artikel van ERNST-HENRION, M., *op. cit.*

⁵¹ Zie Marckxarrest van 13 juni 1979, inz. §§ 36-37.

DE WETGEVENDE BEVOEGDHEID INZAKE AUTEURSRECHT IN BELGIE EN IN ANDERE FEDERALE LANDEN

I. Inleiding

1. Na een zeer lang slaperig bestaan is de auteurswetgeving aan een ontwaken toe. De wekker die door de problematiek van de reprografie, de audiovisuele werken, de nevenrechten, de computerprogramma's enz. aan het rinkelen gebracht is, kan niet langer door de rechtspraak tot stilte gebracht worden. De wetgever moet optreden. Maar in federale landen rijst de vraag... welke wetgever? Deze bevoegdheidskwestie, die vaak vergezeld gaat van een discussie over de juiste verhouding tussen auteursrecht, cultuur, burgerlijk recht en economie, kan wetgevende initiatieven ter zake ernstige vertraging doen oplopen.

II. België

A. Gemeenschappen versus nationale overheid

2. Reeds twintig jaar zijn de wetgevende organen van de gemeenschappen (eerst de Cultuurraden, dan de Gemeenschappen) bevoegd voor culturele aangelegenheden, met inbegrip van de schone kunsten¹. De gemeenschappen hebben op grond van deze bevoegdheidsregel wetgevende initiatieven genomen die rechtstreeks of onrechtstreeks het domein van het auteursrecht betraden. Zo waren er voorstellen van decreet met betrekking tot de berekeningsbasis voor de auteursrechten bij de publieke opvoering van een auteurswerk², de invoering van een betalend publiek domein³ en een voorontwerp van decreet houdende vestiging van een leenrecht⁴. Maar ook op het nationaal vlak bleef men actief met o.a. voorstellen in verband met het volgrecht⁵, de reprografie⁶, de distributie per draad of per kabel van radio-uitzendingen⁷ en een algehele herziening van de auteurswet (het voorstel Lallemand)⁸.

3. In een systeem van exclusieve bevoegdheden is het niet mogelijk dat voor een en dezelfde materie (i.c. het auteursrecht) zowel de nationale als de gemeenschapsoverheden bevoegd zijn. De Raad van State, afdeling wetgeving heeft in verschillende adviezen de knoop doorgehakt⁹. Deze adviezen werden reeds uitvoerig besproken¹⁰, we beperken ons hier tot de essentie. De Raad van State beschouwt de «schone kunsten» als een zgn. gemengde aangelegenheid, waarvan de culturele aspecten tot de bevoegdheid van de gemeenschappen behoort, maar de wetgeving inzake de niet-culturele nevenaspecten aan het nationale parlement toekomt. Hoewel het auteursrecht door zijn aanmoediging van de artistieke creatie zeker verband houdt met cultuur, moet het toch primair als een onderdeel van het sociaal statuut van de kunstenaar gezien worden.

Maar er is meer. De auteur heeft een subjectief recht om de reproductie en de openbare opvoering van zijn werk in volledige contractuele vrijheid te gelde te maken. De exploitatierechten van de auteur zijn sterk verwant met de door het Burgerlijk Wetboek geregelde eigendom van stoffelijke goederen, en de morele rechten moeten in het verlengde van de persoonlijkheidsrechten gesitueerd worden. Het auteursrecht, concludeert de Raad van State, behoort tot het burgerlijk recht in ruime zin en dat is een nationale materie¹¹.

Voorhoof noemt de aanduiding van het auteursrecht als nationale materie, op basis van het burgerlijk-privaatrechtelijk karakter ervan «slechts een mogelijke, en gelet op de actuele randvoorwaarden niet aangewezen benaderingswijze van het auteursrecht»¹². Door o.m. het toenemende belang van de cultuur- en informatie-industrie en de algemene socialiseringstendens van recht en samenleving wordt het

werken, *Gedr. St., Senaat*, 1986-87, nr. 615/1, in gewijzigde vorm opnieuw ingediend, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 329/1. Dit wetsvoorstel werd reeds besproken door BERENBOOM, A., «Une nouvelle loi sur le droit d'auteur?», *J.T.*, 1989, 117-123; CORBET, J., «Naar een nieuwe auteurswet?», *R.W.*, 1989-90, 1335-1344; DOUTRELEPONT, C., «Nouvelles de Belgique», 134 *Rida* 1987, 71-193. Verwijzingen naar het voorstel Lallemand hebben in deze studie steeds betrekking op de tweede, gewijzigde versie.

⁹ Adv. R.v.St., afd. wetg., ver. kamers, 6 juli 1983, *Gedr. St., Cons. Comm. Fr.*, 1981-82, nr. 13/2; Adv. R.v.St., afd. wetg., ver. kamers, 13 juli 1983, *Gedr. St., Cons. Comm. Fr.*, 1981-82, nr. 12/2; Adv. R.v.St., afd. wetg., 1 april 1985, *Gedr. St., Senaat*, 1981-82, nr. 147/2.

¹⁰ CORBET, J., «Vijf jaar auteursrecht 1980-1984», *R.W.*, 1986-87, 2337-2340; NAYER, A., en CAPIAU, S., *Artistes et média*, Brussel, Pierre Mardaga, 1983, 223-301; VERMEIRE, J., «De staatshervorming en het auteursrecht», in *Honderd Jaar Auteurswet*, CORBET, J. (red.), Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1986, 205-216; VOORHOOF, D., «Het leenrecht: auteursrecht of cultuurpolitiek?», *R.W.*, 1987-88, (521), 522-525.

¹¹ De voorzitter van de Franse Gemeenschapsexecutieve heeft dit erkend: *Vr. en Antw., Cons. Comm. Fr.* 1985-86, 31 maart 1986, 2 (Vr. nr. 6 HISMANS).

¹² VOORHOOF, D., *l.c.*, 523.

¹ Art. 59bis, §2, 1°, Gw.; art. 2, 3°, W. 21 juli 1971 betreffende de bevoegdheid en de werking van de cultuurraden, *B.S.*, 23 juli 1971, vervangen door art. 4, 3°, Bijz. W. 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, *B.S.*, 15 augustus 1980; art. 4, §1, W. 31 december 1983 tot hervorming der instellingen voor de Duitstalige Gemeenschap, *B.S.*, 18 januari 1984.

² *Gedr. St., Cons. Comm. Fr.*, 1981-82, nr. 12/1.

³ *Gedr. St., Cons. Comm. Fr.*, 1981-82, nr. 13/1. Het voorstel werd, na het advies van de Raad van State, afdeling wetgeving, in gewijzigde vorm opnieuw ingediend: *Gedr. St., Cons. Comm. Fr.*, 1983-84, nr. 150/1.

⁴ *Gedr. St., Vl. R.*, 1986-87, nr. 8/5, 75.

⁵ *Gedr. St., Kamer*, 1971-72, nr. 353/1 (afschaffing volgrecht); *Gedr. St., Senaat*, 1981-82, nr. 218/1 (verstrenging wederkerigheidsvereiste).

⁶ *Gedr. St., Kamer*, 1980-81, nr. 651/1; *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 22/1.

⁷ *Gedr. St., Senaat*, 1981-82, nr. 147/1.

⁸ Voorstel van wet betreffende het auteursrecht, de nevenrechten en het kopiëren voor eigen gebruik van geluids- en audiovisuele

volgens hem steeds duidelijker dat het auteursrecht niet alleen de bescherming van de belangen van de individuele auteurs beoogt, maar ook het recht van iedere burger om deel te nemen aan het culturele leven en om de voordelen van de wetenschappelijke vooruitgang te genieten¹³. En dit is een algemeen maatschappelijk belang. Door het auteursrecht slechts als een exclusief burgerrechtelijk verbodsrecht en niet als een instrument van cultuurpolitiek te bestemmen negeert de Raad van State de functieverandering die het auteursrecht ondergaan heeft¹⁴.

De tendens tot collectivisering in en van het auteursrecht is zeker aanwezig. In het voorstel Lallemant bv. komt dit tot uiting in het toenemend aantal niet-vrijwillige licenties¹⁵, in de verplichting voor de auteur om zich bij een auteursvereniging aan te sluiten om aanspraak te kunnen maken op de vergoedingen die geïnd worden voor privé-kopies van geluids- en audiovisuele werken¹⁶, en in de oprichting van een instelling die o.a. met behulp van een gedeelte van de auteursrechten van overleden auteurs de creatie en verspreiding van hedendaagse kunstwerken, alsmede de opleiding van kunstenaars wil bevorderen (infra, nr. 6).

Toch blijft het auteursrecht als een individueel recht, gevoegd in het kader van het burgerlijk recht, het uitgangspunt¹⁷. De functieverandering die het auteursrecht ondergaan heeft, is immers niet radicaal, maar gradueel van aard. Het recht van het publiek op informatie en op toegang tot het culturele leven wordt nu zeker meer erkend dan vroeger, maar het auteursrecht laat de individuele kunstenaar en wetenschappelijk publicist niet in de kou staan. Zo kent het voorstel Lallemant alleen aan de auteur het reproductie- en opvoeringsrecht¹⁸, het divulgatierecht (met voorbehoud voor audiovisuele werken)¹⁹, het recht van vaderschap en het recht op integriteit²⁰ toe. Deze bevoegdheden worden zelfs, onder zekere voorwaarden, nog uitgebreid met een recht tot inkeer²¹. Ontegengesteld ondervinden zowel het subjectief als het exclusief karakter van het auteursrecht een steeds grotere druk van de reeds eerder genoemde voorstellen tot invoering van uitzonderingen, maar deze uitzonderingen zullen, gesteld dat ze worden aanvaard, geen algemene regel worden, en moeten derhalve restrictief geïnterpreteerd worden. Zo beschouwd lijkt me de kwalificatie van het auteursrecht als een burgerlijk, subjectief recht, ook in de gewijzigde maatschappelijk context verantwoord.

¹³ Vgl. art. 15 Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten, goedgekeurd bij W. 15 mei 1981, *B.S.*, 6 juli 1983.

¹⁴ VOORHOOF, D., *l.c.*, 523.

¹⁵ Voor een kritische bespreking, zie STROWEL, A. en DOUTRELEPONT, C., «La socialisation du droit d'auteur à travers la généralisation des licences non volontaires : un danger ou une nécessité?», *Rev. Interd. Jur.*, 1989, 133-148.

¹⁶ Art. 73, §1, tweede lid.

¹⁷ «Het auteursrecht is een roerend recht dat overgaat bij erfopvolging en vatbaar is voor gehele of gedeeltelijke overdracht, volgens de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek» (art. 3 W. 22 maart 1886 houdende de auteurswet, *B.S.*, 26 maart 1886 — Nederlandse tekst vastgesteld door W. 26 juni 1981, *B.S.*, 14 juli 1981; en art. 4, eerste lid, voorstel Lallemant).

¹⁸ Art. 2, eerste lid.

¹⁹ Art. 9, eerste lid

²⁰ Art. 10.

²¹ Art. 11.

Nayer en Capiou menen evenwel dat deze kwalificatie de gemeenschappen niet mag verhinderen wetgevend op te treden in die domeinen die hun toevertrouwd zijn zoals de schone kunsten met inbegrip van het auteursrecht en de nevenrechten²². Bovendien is er, in tegenstelling tot wat de Raad van State lijkt te suggeren, volgens hen nooit sprake van geweest het auteursrecht als een (nationaal gebleven) sociale-zekerheidsrecht te beschouwen²³. Het auteursrecht moet volgens deze auteurs derhalve als een gecommunautariseerde culturele aangelegenheid beschouwd worden.

Men kan de vraag stellen of de identificatie van het auteursrecht met cultuur nog wel zonder meer gehandhaafd kan blijven? Het auteursrecht beschermt alle voortbrengselen op het gebied van de letterkunde, wetenschap en kunst²⁴, als ze aan het door de rechtspraak uitgewerkte originaliteitsvereiste voldoen, d.i. de uitdrukking zijn van de intellectuele inspanning van de maker ervan, zodanig dat het werk het persoonlijk stempel van de auteur draagt²⁵. Dit ruim geformuleerde originaliteitsvereiste en de uitdrukkelijke afwijzing van het vereiste van esthetische oorspronkelijkheid en artistieke waarde van het werk²⁶, maakt het mogelijk de auteursrechtelijke bescherming ook op werken toe te passen die niet behoren tot de traditionele «Schone Kunsten»: een financieel jaarboek²⁷, een cursus scheikunde²⁸, een compilatie van verzekeringstarieven²⁹, een stadsplan³⁰... en nu ook computerprogramma's³¹. Dit kan bezwaarlijk nog als «cultuur» bestempeld worden.

5. Wat er ook van zij, de Raad van State meent dat niet de gemeenschappen maar wel de nationale overheid exclusief bevoegd is voor auteursrecht. De vraag is dan hoe ruim de categorie «auteursrecht» begrepen wordt.

Wat zeker niet tot het auteursrecht behoort, is het *wettelijk depot*. Niet alleen is het auteursrecht aan geen enkel vormvereiste onderworpen, het auteursrecht blijft bovendien volledig intact wanneer aan het wettelijk depot niet voldaan is³². Het doel van een wettelijk depot is ontegenzeg-

²² NAYER, A., en CAPIAU, S., *o.c.*, 261-263 en 281-283.

²³ *Ibid.*, 253-254.

²⁴ Art. 2, 1°, Conventie van Bern voor de bescherming van letterkundige en kunstwerken, goedgekeurd bij W. 26 juni 1951, *B.S.*, 13 oktober 1951.

²⁵ Cass., 27 april 1989, *R.W.*, 1989-90, 362; Cass., 25 oktober 1989, *R.W.*, 1989-90, 1061; GOTZEN, F., «Het Hof van Cassatie en het begrip 'oorspronkelijkheid' in het Belgische auteursrecht. Van foto's en catalogi naar computerprogramma's en databanken?», *Computerr.*, 1990, 161-164.

²⁶ Cass., 27 april 1989, *R.W.*, 1989-90, 362.

²⁷ Rb. Brussel, 4 mei 1904, *Pand.Pér.*, 1904, nr. 1250.

²⁸ Brussel, 9 november 1972, *J.T.*, 1973, 463.

²⁹ Rb. Brussel, 21 januari 1966, *Ing.Cons.*, 1969, 211.

³⁰ Antwerpen, 15 februari 1990, *R.W.*, 1990-91, 21

³¹ COM (88) 816, *P.B.*, nr. C 91 van 12 april 1989 (voorstel richtlijn); art. 29-31, Voorstel Lallemant. Zie ook Rb. Brussel, 30 juni 1988, *Computerr.*, 1989, 197.

³² De enige sancties op niet-naleving van het wettelijk depot zijn de aankoop door de Koninklijke Bibliotheek van het werk dat niet (regelmatig) gedeponneerd is, op kosten van de aan de verplichting van het depot onderworpen persoon, een geldboete van 26 tot 250 frank of in geval van herhaling binnen een jaar volgend op de eerste veroordeling, van 50 tot 1.000 frank. Art. 6 W. 8 april 1965 tot instelling van het wettelijk depot bij de Koninklijke Bibliotheek van België, *B.S.*, 18 juni 1965.

gelijk cultureel van aard: men wil ervoor zorgen dat minstens op één plaats alle publikaties verzameld zijn, en voor onderzoekers én het nageslacht bewaard worden. De Raad van State heeft dan ook bevestigd dat de gemeenschappen hiervoor bevoegd zijn³³. Hierbij wordt verwezen naar de memorie van toelichting bij de wet van 21 juli 1971 betreffende de cultuurgemeenschappen die stelt dat o.m. de neerlegging in een publiekrechtelijke instelling van een of meer exemplaren van onverschillig welke publikatie die vermenigvuldigd wordt door middel van drukkunst of door fotografische of cinematografische procédés onder de gemeenschapsbevoegdheid voor het cultureel patrimonium, musea en andere wetenschappelijke culturele instellingen valt³⁴. Art. 44, tweede lid, en art. 100 van het wetsvoorstel Lallemand, die publikaties die vermenigvuldigd worden door middel van fonografische en cinematografische procédés, ook aan het wettelijk depot willen onderwerpen, kunnen o.i. dan ook niet gehandhaafd blijven³⁵.

Een vooralsnog onopgelost probleem is de vraag bij welke instelling dit depot in de toekomst moet gebeuren. De Koninklijke Bibliotheek Albert I, waar nu het depot plaatsvindt, valt immers als biculturele instelling in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad onder de bevoegdheid van de nationale overheid³⁶.

In de veronderstelling dat een decreetgever aan de Koninklijke Bibliotheek zou opleggen voortaan te zorgen voor het wettelijk depot van fonografische en cinematografische werken (wat een zware last voor deze nationale instelling zou betekenen), doet zich een conflict voor tussen de nationale bevoegdheid voor de instelling en de gemeenschapsbevoegdheid voor de activiteit (het wettelijk depot). Alleen een samenwerkingsakkoord tussen Staat en Gemeenschappen kan dan een uitweg bieden³⁷.

6. Ook de invoering van een *betalend publiek domein* is een exclusieve gemeenschapsbevoegdheid. Wanneer auteurswerken in het publiek domein gevallen zijn na het verstrijken van de termijn van auteursrechtelijke bescherming, kunnen de Gemeenschappen een belasting invoeren op de exploitatie van deze werken om hiermee een fonds te stijven dat de levende kunstenaars financieel steunt. Deze steun kan de vorm aannemen van beurzen, prijzen, subsidies enz., maar mag niet als aanvulling op de sociale zekerheid van de kunstenaar gezien worden, want dat is een nationale materie. Het betalend publiek domein is geen nieuw (subjectief) exploitatierecht waarvan de Gemeenschappen houder zou-

den worden en dat in de plaats zou komen van het recht van de auteur, diens erfgenamen of rechthebbende. Het is wel een belasting en moet als dusdanig geregeld worden. Dit betekent bv. dat de grondslag en het bedrag van de belasting in het decreet zelf ingeschreven moet worden en niet aan de Executieve overgelaten mag worden³⁸.

Het voorstel Lallemand voert geen betalend publiek domein *sensu stricto* in, maar drie bepalingen lijken toch die weg op te gaan. Allereerst stelt Lallemand voor de beschermingsduur tot zeventig jaar post mortem auctoris te verlengen, maar tijdens de laatste twintig jaar gaat slechts de helft van de auteursrechten naar de erfgenamen van de auteur. De andere helft wordt volgens een bepaalde verdeelsleutel aan de Gemeenschappen gestort die het op hun beurt doorstorten aan een «door elke Gemeenschap opgerichte of erkende instelling die uitsluitend tot doel heeft de schepping en de verspreiding van kunstwerken, alsmede de opleiding van kunstenaars te steunen en aan te moedigen» (art. 3, tweede lid). Ook de helft van de vergoeding die verschuldigd is door de fabrikant of de invoerder van blanco geluids- en videocassettes, komt via de gemeenschappen bij dezelfde instellingen terecht. Het gedeelte van de andere helft van deze vergoeding dat niet onder de rechthebbenden (de producenten van fonogrammen en videogrammen, de makers en de uitvoerende kunstenaars) verdeeld kan worden, komt aan dezelfde instellingen toe (art. 73, § 2). Hetzelfde mechanisme wordt ten slotte toegepast op de bedragen die door de beheersvennootschappen geïnd worden, maar niet aan de werkelijke rechthebbenden kunnen worden uitgekeerd (art. 81, tweede lid).

In geen van deze drie gevallen gaat het evenwel om een betalend publiek domein, dat pas *na het verstrijken van de auteursrechtelijke beschermingsduur* ingang kan vinden. De bepalingen van het voorstel Lallemand betreffen auteurswerken waarvan de beschermingsduur *niet* verstrekken is: een soort van betalend *privaat* domein dus, een wel erg bijzondere modaliteit van het auteursrecht waarvoor de nationale overheid niettemin bevoegd is. De Gemeenschappen kunnen dan ook niet verplicht worden om de genoemde instellingen op te richten. Alleen een aan de wet voorafgaand samenwerkingsakkoord dat, op basis van art. 92bis, § 1, Bijz.W. Hervorming Instellingen, tussen de nationale en de gemeenschapsoverheid gesloten wordt, kan dit probleem oplossen (vgl. supra, nr. 5 in fine). Het probleem zou natuurlijk ook ontweken kunnen worden door het voorstel Lallemand te amenderen, in die zin dat geen publiekrechtelijke instellingen, maar wel privaatrechtelijke auteursverenigingen aangewezen worden als beheerders van het zgn. «betalend privaat domein», wat overigens ook veel goedkoper zou zijn.

7. Of het *leenrecht* een nationale dan wel een gemeenschapsmaterie is, werd vroeger reeds uitvoerig door Voorhoof besproken³⁹. Indien het leenrecht als een uitvloeisel van de exploitatierechten van de auteur beschouwd wordt en aldus binnen het kader van het auteursrecht geregeld

³³ Adv. R.v.St., afd. wetg., 24 mei 1984, *Gedr. St.*, VI. R., 1984-85, nr. 300/1.

³⁴ *Gedr. St.*, *Senaat*, 1970-71, nr. 400, 4-5.

³⁵ Los van de bevoegdheidskwestie staat de vraag of deze wijziging wel (financieel) haalbaar is, zowel voor de instelling waar het depot verricht moet worden, als voor de producenten van fonografische en cinematografische publikaties (BERENBOOM, A., *l.c.*, 123).

³⁶ Art. 59bis, § 2, 1°, en, § 4, eerste lid, Gw.; vgl. Adv. R.v.St., afd. wetg., 13 april 1989, *Gedr. St.*, *Kamer*, 1988-89, nr. 630/2 (Paleis voor Schone Kunsten).

³⁷ Art. 92bis, § 1, Bijz. W. 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, *B.S.*, 15 augustus 1980, als gewijzigd door Bijz. W., 8 augustus 1988, *B.S.*, 13 augustus 1988; art. 55bis, W. 31 december 1983 tot hervorming der instellingen voor de Duitstalige Gemeenschap, *B.S.*, 18 januari 1984, als ingevoegd door art. 7, W. 18 juli 1990, *B.S.*, 25 juli 1990.

³⁸ Adv. R.v.St., afd. wetg., 6 juli 1983, *Gedr. St.*, *Cons. Comm. Fr.*, 1981-82, nr. 13/2.

³⁹ VOORHOOF, D., *l.c.*, 523-525. Zie ook CORBET, J., «Voorstellen tot wetswijziging», in *Honderd jaar auteurswet*, CORBET, J. (red.), Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1986, (217), 229.

wordt, is het een nationale materie. Het leenrecht kan evenwel ook buiten het auteursrecht georganiseerd worden, als een element van cultuurpolitiek door middel van subsidies aan schrijvers, en dan behoort het tot de gemeenschapsbevoegdheden. Moet het echter als een georganiseerd systeem van vergoedingen ter compensatie voor het inkomstenverlies van de auteur gezien worden, dan is het toch weer een onderdeel van het sociaal statuut van de auteur en dus nationaal.

8. Tot nog toe heeft de Raad van State geen uitspraak gedaan over de bevoegdheid inzake de *nevenrechten*. Het probleem werd wel in een senaatscommissie aan de orde gesteld, maar een antwoord kwam er niet ⁴⁰. Impliciet kan men uit het verslag wel de wens halen om auteursrecht en *nevenrechten* door dezelfde wetgever te laten regelen. Nayer en Capiau erkennen dat auteurs- en *nevenrechten* het best samen behandeld worden, maar dan niet door de nationale wetgever, maar door de Gemeenschappen. Net als het auteursrecht zijn de *nevenrechten* van de uitvoerende kunstenaar ook duidelijk cultureel van aard. Dit kan veel minder gezegd worden van de *nevenrechten* van de platenmaatschappijen en de radio- en televisiestations: zij zijn economisch van aard maar, aldus Nayer en Capiau, deze industriële sectoren kennen een hoge bloei dankzij de schone kunsten, en moeten dan ook samen behandeld worden met de *nevenrechten* van de uitvoerende kunstenaar (en dus ook met het auteursrecht), dit op grond van de impliciete bevoegdheden van de gemeenschappen ⁴¹. Zoals we verderop zullen zien is de vraag of alle *nevenrechten* samen met het auteursrecht behandeld moeten worden en, zo ja, door welke wetgever, beantwoord geworden door de laatste staats-hervorming (cf. *infra*, nr. 13).

9. In materies waarvoor ze in principe onbevoegd zijn (zoals het auteursrecht) kunnen de gemeenschappen toch nog optreden op grond van hun *impliciete bevoegdheden* ⁴². De bevoegdheidssfeer van de nationale wetgever wordt hierdoor niet wezenlijk aangetast, aangezien de impliciete bevoegdheden aan strikte voorwaarden gekoppeld zijn: ze zijn slechts aanvullend en mogen dus niet de hoofdbedoeling van

de decreetgever zijn ⁴³, ze mogen niet raken aan de door de Grondwet aan de nationale wetgever voorbehouden bevoegdheden ⁴⁴ en ze moeten noodzakelijk zijn voor de uitoefening van de hoofdbevoegdheden van de gemeenschappen ⁴⁵. Om bovendien verenigbaar te zijn met het stelsel van de exclusieve bevoegdheden is een beroep op art. 10 van de bijzondere wet slechts toelaatbaar onder de dubbele voorwaarde dat de voorbehouden aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leent en dat de weerslag op de voorbehouden aangelegenheid slechts marginaal is ⁴⁶. Ten slotte wordt de bevoegdheidsuitoefening ook aan het evenredigheidsbeginsel getoetst: «... geen enkele van de rijks-, gemeenschaps- of gewestoverheden mag bij het voeren van het beleid dat haar is toevertrouwd, zonder dat daartoe een minimum van redelijke gronden voorhanden is, zo verregaande maatregelen treffen dat een andere overheid het buitenmate moeilijk krijgt om het beleid dat haar is toevertrouwd doelmatig te voeren» ⁴⁷. Al deze voorwaarden maken dat de Gemeenschappen slechts zeer marginaal in de nationale materie van het auteursrecht kunnen inbreken. Het wezenlijk aanvullend karakter van art. 10 Bijz. W. betekent dat de wijziging van het burgerlijk recht, waarvan het auteursrecht een onderdeel is, nooit de hoofdbedoeling van de decreetgever mag zijn ⁴⁸. Zo valt de goedkeuring van een decreet dat uitsluitend tot doel heeft de berekeningswijze van de auteursrechten te wijzigen niet alleen buiten de hoofdbevoegdheid van de (Franse) Gemeenschapsraad, maar ook buiten zijn impliciete bevoegdheden, omdat een dergelijke regeling geen deel uitmaakt van een meer globaal beleid met betrekking tot de eigen bevoegdheid van de Gemeenschappen (schone kunsten) en het onontbeerlijk karakter van een dergelijke regeling voor de uitoefening van de hoofdbevoegdheid niet bewezen is ⁴⁹.

De Raad van State wees in een ander geval de mogelijkheid voor de Raden om op grond van art. 10 Bijz. W. met betrekking tot het auteursrecht decretaal op te treden, af.

⁴³ Adv. R.v.St., afd. wetg. 10 juli 1985, *Gedr. St., Cons. Comm. Fr.*, 1983-84, nr. 147/2.

⁴⁴ Art. 19 Bijz. W. Hervorming Instellingen. Dit kan wel wanneer door de bijzondere of gewone wet tot hervorming der instellingen een bijzondere en uitdrukkelijke machtiging gegeven wordt aan de decreetgever: Arbitragehof, nr. 44, 23 december 1987, *B.S.*, 27 januari 1988 en *T.B.P.*, 1988, 277 (nadien herhaaldelijk bevestigd).

⁴⁵ De Bijz. W. 8 augustus 1988 verving de «onontbeerlijkeitsvoorwaarde» door een «noodzakelijkheidsvoorwaarde», klaarblijkelijk met de bedoeling om de vereiste band tussen hoofdbevoegdheid en impliciete bevoegdheid enigszins te versoepelen.

⁴⁶ Arbitragehof, nr. 7, 20 december 1985, *B.S.*, 21 januari 1986, *A.A.*, 1985, 47, en *T.B.P.*, 1986, 259.

⁴⁷ Voor verwijzingen i.v.m. en bespreking van de toetsing van de bevoegdheidsuitoefening aan het evenredigheidsbeginsel, zie ALEN, A., en PEETERS, P., «Bundestreue» in het Belgisch Grondwettelijke Recht» (Preadvies voor Congres Vlaamse Juristenvereniging 1990, met als thema «De goede trouw»), *R.W.*, 1989-90, (1122), 1137-1138 en 1152-1153.

⁴⁸ PEETERS, P., *Problemen van bevoegdheidsverdeling en bevoegdheidsuitlegging na de tweede Belgische Staatshervorming*, onuitgeg., 1988, 527.

⁴⁹ Advies van het Overlegcomité Regering – Executieve van 25 oktober 1983. Het voorstel van decreet werd als gevolg hiervan ingetrokken op 18 november 1983 (*Beknopt Verslag, Cons. Comm. Fr.*, 1983-84, 1 december 1983, 4).

⁴⁰ Verslag van de senaatscommissie over de bespreking van het wetsontwerp houdende goedkeuring van het aanvullend Protocol (Straatsburg, 21 maart 1983) bij het Protocol van 22 januari 1965 bij de Europese Overeenkomst betreffende de bescherming van televisieuitzendingen van 22 juni 1960, *Gedr. St., Senaat*, 1984-85, nr. 798/2, 3-4.

⁴¹ NAYER, A. en CAPIAU, S., *o.c.*, 282-283.

⁴² Art. 10 Bijz. W. 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, *B.S.*, 15 augustus 1980, als gewijzigd door Bijz. W. 8 augustus 1988, *B.S.*, 13 augustus 1988; Art. 5 W. 31 december 1983 tot hervorming der instellingen voor de Duitstalige Gemeenschap, *B.S.*, 18 januari 1984, als gewijzigd door W. 18 juli 1990, *B.S.*, 25 juli 1990. De literatuur over de impliciete bevoegdheden is zeer uitgebreid. Zie o.m. CEREXHE, G., *Les compétences implicites et leur application en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1989, 497 p.; HAUBERT, B., «Les pouvoirs implicites ou les creux de la réforme institutionnelle», *Adm. Publ. (T)*, 1985, 290-308; KREINS, Y., «Les pouvoirs implicites au sens de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980. Une erreur législative?», *J.T.*, 1985, 477-487; VANDE LANOTTE J., «De impliciete bevoegdheden op een Belgisch spoor», in *Zeven knelpunten na zeven jaar staatshervorming*, ALEN, A., en SUETENS, L.P., (red.), Brussel, Story-Scientia, 1988, 81-142.

Art. 6, derde lid, van een ontwerp van decreet houdende de organisatie van het afstandsonderwijs van de franstalige gemeenschap bepaalde: «Les textes des cours sont la propriété de la Communauté française et ne peuvent en aucune matière être publiés ou copiés en tout ou en partie sauf s'ils sont destinés aux élèves inscrits.» De Raad van State oordeelt hierover dat «la Communauté n'est, en principe, pas compétente pour régler par décret le contenu d'un contrat soumis aux règles du droit civil et du droit du travail. Elle ne pourrait prendre, en pareille matière, que des dispositions indispensables à l'exercice de ses compétences propres (loi spéciale, art. 10). Or, rien ne permet d'affirmer que, pour exercer sa compétence en matière d'enseignement, la Communauté devrait imposer que les contrats, qu'elle-même négociera d'ailleurs avec les professeurs, emporteraient dans tous les cas cession par ces professeurs de leurs droits d'auteur sur leurs cours...»⁵⁰. De Raad van State meent dat de afstand aan de gemeenschap van het auteursrecht van de leraars niet onontbeerlijk is voor de uitoefening van haar onderwijsbevoegdheid en dat de bestaande nationale en internationale normen ruimschoots volstaan om de verhouding tussen de gemeenschap en de leraars van schriftelijk onderwijs te regelen.

B. Gewesten versus nationale overheid

10. De Bijzondere Wet van 8 augustus 1988 bracht een verschuiving van de problematiek met zich mee: de nationale overheid werd met betrekking tot het auteursrecht niet alleen meer tegenover de Gemeenschappen, maar nu ook tegenover de Gewesten geplaatst. Het gewijzigde art. 6, § 1, VI, vijfde lid, van de Bijzondere Wet tot hervorming der instellingen bepaalt dat *alleen* de nationale overheid bevoegd is voor «de industriële en intellectuele eigendom», en dit als uitzondering op de economische bevoegdheden van de gewesten⁵¹. In het verlengde van het zgn. «tweede toerismearrest» van het Arbitragehof (dat betrekking had op de vestigingsvoorwaarden van reisbureaus)⁵² mag men ervan uitgaan dat deze uitzondering ook t.o.v. de gemeenschapsbevoegdheden geldt. Ze staat weliswaar ingeschreven in art. 6 Bijz. W., dat de gewestelijke bevoegdheden vastlegt, en niet in art. 4 Bijz. W., dat de culturele bevoegdheden omschrijft; toch geldt ze als de uiting van de wil van de wetgever om de gehele regeling inzake industriële en intellectuele eigendom als nationale aangelegenheid te behouden. Deze

stelling kan trouwens m.b.t. deze laatste materie op grond van tekstargumenten met een nog grotere overtuigingskracht verdedigd worden dan in het geval van het zgn. «tweede toerismearrest»⁵³.

11. Het begrip *intellectuele eigendom* kan twee verschillende betekenissen hebben. In een wat ouder juridisch taalgebruik wordt de term intellectuele eigendom als een synoniem voor auteursrecht gebruikt. Tegenwoordig heeft de term intellectuele eigendom in rechtsleer en wetgeving een overkoepelende betekenis gekregen⁵⁴ en omvat m.n. «tous les droits afférents à l'activité de l'esprit dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique, auxquels on peut ajouter le domaine commercial»⁵⁵. Het Verdrag tot oprichting van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom (OMPI) van 14 juli 1967, dat ook door België goedgekeurd werd⁵⁶, omschrijft de intellectuele eigendom als «de rechten betreffende:

- literaire werken, kunstwerken en wetenschappelijke werken,
 - de vertolkingen van vertolkende kunstenaars en de uitvoeringen van uitvoerende kunstenaars, grammofoonopnamen en radio-uitzendingen,
 - uitvindingen op alle gebieden van de menselijke werkzaamheid,
 - wetenschappelijke ontdekkingen,
 - tekeningen en modellen van nijverheid,
 - fabrieks-, handels- en dienstmerken alsmede handelsmerken en commerciële aanduidingen,
 - en de bescherming tegen oneerlijke mededinging,
- en alle andere rechten verband houdende met de intellectuele werkzaamheid op industrieel, wetenschappelijk, literair en artistiek gebied (art. 2 (viii)). Deze opsomming is niet uitputtend, maar enuntiatief⁵⁷.

Welke definitie men ook aanvaardt, het auteursrecht valt in elk geval onder de «intellectuele eigendom» waarvoor de nationale overheid exclusief bevoegd is⁵⁸.

⁵³ Ten tijde van dat arrest (1987) luidde de uitzondering in art. 6, § 1, VI, Bijz. W. als volgt: «Echter, (...) 6° zijn de Gewesten niet bevoegd inzake (...) vestigingsvoorwaarden» (negatieve formulering, zegt niets over het al dan niet bevoegd zijn van de Gemeenschappen). Over de industriële en intellectuele eigendom – maar nu ook over de vestigingsvoorwaarden – is de bijzondere wetgever van 1988 veel explicieter: «... is alleen de nationale wetgever bevoegd voor (...) 6° de vestigingsvoorwaarden; 7° de industriële en intellectuele eigendom» (positieve formulering van een exclusieve bevoegdheid van de nationale wetgever, die dus per definitie ook t.o.v. de gemeenschappen geldt).

⁵⁴ DRUCKER, W.H. en BODENHAUSEN, G.H.C., *Kort begrip van het recht betreffende de intellectuele eigendom*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1984, 1-2.

⁵⁵ *Actes de la Conférence de Stockholm de la Propriété Intellectuelle*, 1967, II, Genève, OMPI, 1971, 1233.

⁵⁶ W. 26 september 1974, B.S., 29 januari 1975.

⁵⁷ *Actes de la Conférence de Stockholm*, 1233. Naar deze definitie werd ook verwezen bij de bespreking van het wetsontwerp betreffende de rechtsbescherming van topografieën van halfgeleiderproducten (*Gedr. St., Senaat*, 1988-89, nr. 762/2, 7).

⁵⁸ ALEN, A., *Algemene beginselen en grondslagen van het Belgisch Publiek Recht*, I, *De Instellingen*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 300, voetnoot 71. Alvast wat het volrecht betreft wordt dit bevestigd door de eerste minister: *Vr. en Antw., Senaat*, 1990-91, 4 december 1990, 341 (Vr. nr. 3 Hatry).

⁵⁰ Adv. R.v.St., afd. wetg., 23 mei 1984, *Gedr. St. Cons. Comm. Fr.*, 1983-84, nr. 151/1, 5.

⁵¹ Dit heeft ook betrekking op het Brussels Hoofdstedelijk Gewest: art. 4, Bijz. W. 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse Instellingen, B.S., 14 januari 1989.

⁵² Arbitragehof, 10 juni 1987, B.S., 30 juni 1987, R.W., 1987-88, 637, en T.B.P., 1987, 633. Het Hof nam hierdoor afstand van zijn eerdere, zgn. «eerste toerismearrest» (26 juni 1986, B.S., 15 juli 1986, en R.W., 1987-88, 635) waarin gesteld werd dat een uitzondering op een gewestelijke bevoegdheid niet kon worden toegepast op een gemeenschapsbevoegdheid. Deze ommezwaai werd door de rechtsleer verdeeld onthaald: goedkeurend door VELAERS, J., «De bevoegdheid inzake de vestigingsvoorwaarden in de toeristische sector: twee arresten van het Arbitragehof», T.B.P., 1988, 220-223, en afwijzend door WYTINCK, P., «Het Arbitragehof en de bevoegdheidsverdeling m.b.t. het toerisme», R.W., 1987-88, 625-635.

12. Laat de wettekst duidelijk zijn, wie de *voorbereidende teksten* erop naslaat begint toch weer te twifelen. Zo kan men in de memorie van toelichting lezen dat «het vrijwaren van de economische unie en van de monetaire eenheid zich (ten slotte) uit in de toekenning aan de nationale overheid alleen van de volgende bevoegdheden: (...) de industriële en intellectuele eigendom, met uitzondering van de artistieke eigendom»⁵⁹. Tot driemaal toe wordt tijdens de besprekingen van het wetsontwerp de vraag gesteld waarom er een verschil is tussen de tekst van het ontwerp en de memorie van toelichting⁶⁰, waarom de artistieke eigendom niet nationaal zou zijn, terwijl de andere intellectuele rechten dit wel zijn⁶¹, en of de intellectuele eigendom in verband met de programmatuur niet buiten die uitzondering moet vallen⁶². Het blijft roepen in de woestijn: er komt geen antwoord. In de voorbereidende teksten worden, bij de opsomming van de wetgeving inzake industriële en intellectuele eigendom, bij wijze van voorbeeld, wel verdragen en basiswetten inzake octrooien, modellen, merken en kwekersrecht aangehaald, maar er is geen spoor te vinden van de Conventie van Bern of van de auteurswet van 1886⁶³. Suetens en Van Orshoven leiden uit dit alles af dat «het auteursrecht, hoewel een 'intellectueel recht', wellicht géén voor de nationale overheid gereserveerde aangelegenheid is. Meteen zou het door de Gewesten kunnen worden geregeld, als 'uitzondering op de uitzondering' op hun bevoegdheid inzake economisch beleid»⁶⁴ (eigen cursivering, ME). Het woord «wellicht» spreekt hier boekdelen. De vertwijfeling bereikt evenwel een hoogtepunt in het antwoord op een mondelinge parlementaire vraag: «... l'autorité nationale est seule compétente pour légiférer en matière de propriété intellectuelle, dans la mesure où cette matière relève de la problématique de l'union économique et de l'unité monétaire, mais que cela n'empêche pas les Communautés et les Régions de légiférer également, dans l'exercice de leurs compétences respectives et, par exemple, sur la base de leurs compétences implicites»⁶⁵. En zo is iedereen gelukkig...

13. In de inleiding van zijn advies inzake de bijzondere wet van 8 augustus 1988 stelt de Raad van State, afdeling wetgeving vast dat «er niet altijd overeenstemming is tussen, eensdeels de memorie van toelichting en, anderdeels, de tekst van het ontwerp en de verduidelijkingen welke door de gemachtigden van de Regering zijn verstrekt»⁶⁶. Dacht de Raad van State hier aan het auteursrecht? Hoe dan ook, de tekst van de wet is, zoals eerder is aangetoond, duidelijk; er is derhalve geen reden om enige waarde te hechten aan de memorie van toelichting of verwarringstichtende parlementaire voorbereidingen. Deze interpretatieregels werden trouwens expliciet herhaald m.b.t. de bijzondere wet van 8

augustus 1988 door de verslaggever van de senaatscommissie⁶⁷. De bevoegdheid voor auteursrecht, met inbegrip van de verdragsrechtelijke bevoegdheid⁶⁸, is en blijft dus in het federale België nationaal⁶⁹.

Toch leert de memorie van toelichting ons één ding. Als men de artistieke eigendom (d.i. het auteursrecht) uit het domein van de intellectuele eigendom denkt te kunnen sluiten, kan dit alleen maar betekenen dat het begrip «intellectuele eigendom» in zijn ruime, overkoepelende betekenis begrepen moet worden⁷⁰. De enge (en verouderde) betekenis (nl. als synoniem voor auteursrecht) zou tot een volkomen absurd resultaat leiden: de nationale overheid zou dan immers – vrij vertaald – bevoegd zijn voor «de industriële eigendom en het auteursrecht, met uitzondering van het auteursrecht». Dit is niet zonder belang. Het vereenvoudigt m.n. de discussie m.b.t. de *nevenrechten*. Die vallen zonder enige twijfel onder het begrip intellectuele eigendom sensu lato (cf. definitie uit het Verdrag tot oprichting van OMPI, tweede streepje, supra, nr. 11) en de regeling ervan komt dus ook aan de nationale overheid toe. Het advies dat, volgens het voorstel Lallemand, de Koning aan de gemeenschapsexecutieven moet vragen i.v.m. het bepalen van de representatieve verenigingen van uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen (art. 69, tweede lid), kan dus beter geschrapt worden.

14. De Gewesten zijn dus onbevoegd voor het auteursrecht, maar net zoals bij de Gemeenschappen kunnen zij toch optreden in domeinen waarvoor ze niet bevoegd zijn indien dit noodzakelijk is voor de uitoefening van hun (hoofd-)bevoegdheden. Deze *impliciete bevoegdheden* voor de Gewesten zijn aan dezelfde strikte voorwaarden gebonden als die van de Gemeenschappen (supra, nr. 9).

15. *De situering van het auteursrecht in een economische sfeer* mag vreemd overkomen, ze is niettemin begrijpelijk. De schaalvergroting en de industrialisering van zowel cultuurproductie als -distributie hebben de toepassing van economische principes op een deel van de culturele sector (vn. de audiovisuele sector) met zich meegebracht. De te verwachten bescherming van computerprogramma's via het auteursrecht versterkt nog het economische belang van het auteursrecht⁷¹. Dat in België de federale overheid en niet de Gewesten, – die nochtans bevoegd zijn voor economische

⁵⁹ *Gedr. St., Kamer*, B.Z. 1988, nr. 516/1, 11.

⁶⁰ *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 405/2, 94.

⁶¹ *Hand., Senaat*, 3 augustus 1988, 1340 (opmerking Monfils).

⁶² *Gedr. St., Kamer*, B.Z. 1988, nr. 516/6, 118.

⁶³ *Gedr. St., Kamer*, B.Z. 1988, 516/6, 135-137.

⁶⁴ SUETENS, L.P., en VAN ORSHOVEN, P., *Nijverheidsrecht. Kort begrip van de Intellectuele Rechten*, Leuven, Acco, 1989, 34.

⁶⁵ *Hand., Senaat*, 1989-90, 12 oktober 1989, 51-52 (Hatry). Antwoorden op parlementaire vragen hebben juridisch geen waarde: R.v.St., 7 juni 1984, R.W., 1984-85, 1784, met noot LAMBRECHTS, W.

⁶⁶ Adv. R.v.St., afd. wetg., ver. kamers, 13 juli 1988, *Gedr. St., Kamer*, B.Z. 1988, nr. 516/1, 32.

⁶⁷ «Lorsque le texte du projet est clair, il s'impose, sans qu'il y ait lieu de recourir aux travaux préparatoires ou à l'exposé des motifs, ceux-ci contiendraient-ils même des nuances, voire des contradictions, par rapport à ce texte. C'est d'ailleurs ce qu'a reconnu, de manière très claire et absolue, le Vice-Premier ministre, confirmant ainsi la jurisprudence et de la Cour de Cassation, et du Conseil d'Etat» (*Hand., Senaat*, 3 augustus 1988, 1306).

⁶⁸ Art. 68 Gw.

⁶⁹ Dit is ook het standpunt van de Commissie voor het boek (*Resolutie van 7 maart 1990 in verband met de bevoegdheid inzake auteursrecht*, onuitgeg., 1) en van de Belgische Vereniging tot Bescherming van het Auteursrecht (*Beschouwingen over het Wetsvoorstel tot wijziging van de Auteurswet van 1886*, Brussel, BVBA, 1990, 27-28).

⁷⁰ De uitdrukking «industriële en intellectuele eigendom» is dan ook gedeeltelijk redundant: de industriële eigendom is een onderdeel van de intellectuele eigendom, en hoefde dus niet expliciet vermeld te worden.

⁷¹ Zie noot 21.

aangelegenheden ⁷² – wetgevende initiatieven ter zake mag nemen, heeft alles te maken met het behoud van de *economische unie* van het land. Die eenheid zou namelijk in gevaar komen, wanneer bijvoorbeeld het Vlaamse Gewest computerprogramma's tot vijftig jaar na het overlijden van de auteur, het Waalse Gewest tot twintig jaar na de schepping van de programma's en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest diezelfde programma's helemaal niet zou beschermen.

Er is bovendien geen logische reden te bedenken waarom de intellectuele rechten, die onderling sterk verbonden zijn (het zijn alle exclusiviteitsrechten op onstoffelijke voorwerpen die het banale of reeds bekende overstijgen) onder de bevoegdheid van verschillende wetgevers gebracht zouden worden ⁷³.

De ontologische discussie over het wezen van het auteursrecht (is het een cultureel dan wel een andersoortig recht?) en de ideologische strijd (liberaal individualisme versus socialistisch collectivisme) die de bevoegdheidskwestie vergezellen, blijven ook nu nuttig om de categorie «auteursrecht» inhoudelijk in te vullen en af te lijnen. Het meer neutrale, pragmatische standpunt van de bijzondere wetgever van 1988 valt om bovengenoemde redenen niettemin toe te juichen. De federale overheid exclusief bevoegd verklaren voor auteursrecht is overigens niet zo uitzonderlijk, een vergelijking met andere landen zal dit aantonen.

III. Rechtsvergelijkend onderzoek

A. Duitsland

16. De bevoegdheidsverdeling inzake auteursrecht in Duitsland vertoont opvallend veel gelijkenissen met de situatie in België.

Art. 73, nr. 9, G.G. wijst aan de *Bond de exclusieve wetgevingsbevoegdheid* inzake «den gewerblichen Rechtsschutz, das Urheberrecht und das Verlagsrecht» toe, m.a.w. het hele domein van de «geistige Eigentum» ⁷⁴. Wat het auteursrecht aangaat, betekent dit dat niet alleen het traditionele werkteerrein van de Urheberrechtsgesetze (de bescherming van literaire, wetenschappelijke en kunstwerken) hieronder valt, maar ook alle auteursrechtelijke problemen in verband met de nieuwe technologieën en media ⁷⁵. Het Bundesverfassungsgericht heeft geoordeeld dat art. 73, nr. 9, de basis vormt voor het optreden van de federale wetgever i.v.m. auteursrechtelijke problemen die betrekking hebben op het radio- en televisiewezen ⁷⁶. Länder die in hun wetgeving bv. zouden bepalen dat de overname van programma's uit de ether op de kabel een verbetering van de ontvangst betekent

die auteursrechtelijk niet relevant is, gaan hun boekje te buiten ⁷⁷. Het «Verlagsrecht» moet eng opgevat worden en omvat m.n. de normen die de contractuele verhouding tussen de auteur van een literair of muzikaal werk en de uitgever regelt. Het moet dus in samenhang met het auteursrecht begrepen worden, en dus niet als het geheel van rechtsregels dat het uitgeverswezen regelt ⁷⁸. Het wettelijk depot valt, net als in België, buiten de bevoegdheid van de federale wetgever ⁷⁹. Het bevoegdheidsartikel 73, nr. 9, wordt beschouwd als een *lex specialis* en heeft dus voorrang op andere bevoegdheidsartikelen zoals art. 74, nrs. 1, 11 en 12 (concurrerende bevoegdheid voor burgerlijk, economisch en arbeidsrecht) ⁸⁰.

17. De precieze inhoud van het begrip «Urheberrecht» werd in de eerste helft van de jaren zestig het voorwerp van een controverse naar aanleiding van het voorstel van de bondsregering ter invoering van een «*Urhebernachfolgevergütung*» (ook Urhebernachfolgegebühr, Urhebernachfolgentieme, Kulturabgabe of domaine public payant genoemd). Volgens het voorstel zou voor de reproductie of de openbare opvoering van een werk dat nooit auteursrechtelijk beschermd werd, of dat na het verloop van de beschermingstermijn in het publiek domein gevallen is, een vergoeding aan een auteursfonds betaald moeten worden. Dit auteursfonds zou de gelden gebruiken ter ondersteuning van verdienstelijke auteurs en hun behoeftige nakomelingen. De Bundesrat, waarin vertegenwoordigers van de Länder zitting hebben, meende evenwel dat de federale overheid niet bevoegd was voor een dergelijke maatregel. De rechtsleer was sterk verdeeld. Voorstanders ⁸¹ van de bevoegdheid van de Bond in deze materie voerden aan dat de bevoegdheid voor auteursrecht in objectieve zin zich niet beperkt tot het reglementeren van de verhouding tussen de auteur en zijn werk (het zgn. subjectieve auteursrecht) maar ook de normering van de verhouding tot de gemeenschap omvat. De afweging van de belangen van de auteur en de gemeenschap worden chronologisch eerst in het voordeel van de auteur beslist door de toekenning van exclusieve verbodsrechten (enigszins afgezwakt door de wettelijke licenties), maar na het verstrijken van de auteursrechtelijke beschermingstermijn oordeelt men dat de belangen van de gemeenschap voorgaan. De Urhebernachfolgevergütung is niets anders dan de regeling van de modaliteiten waaronder aan de gemeenschap bevoegdheden toegekend worden die voordien aan de auteur toekamen. Deze regeling is een uitvloeisel van de so-

⁷⁷ *Expertenkommission Neue Medien. EKM, Baden – Württemberg. Abschlußbericht*, I, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1981, 153.

⁷⁸ *Grundgesetz – Kommentar*, III, VON MÜNCH, I. (red.), München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1985, art. 73, nr. 57.

⁷⁹ BVerfGE, 14 juli 1981, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, 633.

⁸⁰ MAUNZ, T., DÜRIG, G. en HERZOG, R., o.c., nr. 147; VON MANGOLDT, H. en KLEIN, F., *Das Bonner Grundgesetz*, II, Berlijn, Verlag Franz Vahlen, 1502.

⁸¹ FROMM, F.K., «Das Problem der Urhebernachfolgevergütung», *NJW*, 1964, 523-526; HUBMANN, H., «Die Zuständigkeit des Bundes für die Urhebernachfolgevergütung», *UFITA*, 1962, 396-407; MAUNZ, T., DÜRIG, G., en HERZOG, R., o.c., art. 73, nr. 150; PARTSCH, K.J., *Urhebernachfolgevergütung. Gesetzgebungskompetenz des Bundes*, s.l.n.d., 25-67; VON MANGOLDT, H. en KLEIN, F., o.c., 1501-1502.

⁷² Art. 6, § 1, VI, Bijz. W. 8 augustus 1980, *B.S.*, 15 augustus 1980, als gewijzigd door art. 3, § 8, Bijz. W. 8 augustus 1988, *B.S.*, 13 augustus 1988.

⁷³ Contra NAYER, A., en CAPIAU, S., o.c., 288-289.

⁷⁴ MAUNZ, T., DÜRIG, G. en HERZOG, R., *Grundgesetz. Kommentar*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, losbl., Art. 73, nr. 9, nrs. 145-152; SCHMIDT-BLEIBTREU, B. en KLEIN, F., *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Darmstadt, Luchterhand, 1977, 639.

⁷⁵ MAUNZ, T., DÜRIG, G. en HERZOG, R., o.c., nr. 146; *Grundgesetz-Kommentar*, III, VON MÜNCH, I. (red.), München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1985, art. 73, nr. 56.

⁷⁶ BVerfGE 12, 271.

ciale gebondenheid van het auteursrecht. Het betalend publiek domein en het subjectief auteursrecht verschillen niet wezenlijk, maar slechts gradueel van elkaar : de Bond is voor beide bevoegd.

Tegenstanders ⁸² van de bondsbevoegdheid voor het betalend publiek domein zien het regeringsvoorstel als een inbreuk op de «Kulturhoheit» van de Länder. Auteursrecht sensu stricto is privaatrechtelijk van aard, het is een bijzondere regeling uit het complex van burgerrechtelijke eigendomsverhoudingen, terwijl de Urheberachfolgevergütung volledig gesitueerd is in een publiekrechtelijk kader, nl. dat van een cultuurpolitiek die niets meer te maken heeft met de privé-verhouding tussen de auteur en zijn werk. Als een culturele aangelegenheid valt het betalend publiek domein bijgevolg volledig onder de bevoegdheid van de Länder.

Deze discussie is interessant in het licht van de problemen in België over de invoering van een betalend publiek domein en een leenrecht (supra, nrs. 6 en 7), maar heeft in Duitsland nergens toe geleid. De Bond noch de Länder hebben een betalend publiek domein ingevoerd.

B. De Verenigde Staten van Amerika

18. Art. I, § 8, Cl. 8, van de Amerikaanse Grondwet verleent aan het Congres de bevoegdheid «to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries.» Aangezien het hier om een niet-exclusieve bevoegdheidstoewijzing gaat ⁸³, kunnen de common law en de state statute law hun regelgevende rol blijven spelen in die domeinen waar de federale overheid nog niet is opgetreden. Onder de Copyright Act van 1909 werd de auteursrechtelijke bescherming van niet-gepubliceerde werken (manuscripten, brieven, dagboeken,...) overgelaten aan het zgn. «common law copyright», terwijl de gepubliceerde werken door het federale recht beheerst werden ⁸⁴. Deze dichotomie werd na verloop van tijd als ongewenst ervaren wegens de ongelijkheden die tussen de staten ontstonden. De Copyright Act van 1976 (hierna C.A. 1976 genoemd) ⁸⁵ voerde een *uniform nationaal systeem in voor alle gepubliceerde én niet-gepubliceerde auteurswerken «fixed in any tangible medium of expression»* ⁸⁶. Werken die niet vast-

gelegd zijn in een tastbare vorm, zoals geïmproviseerde toespraken ⁸⁷, jazzimprovisaties of een live-demonstratie met kathodenstralen ⁸⁸, kunnen m.a.w. nog steeds op het niveau van de staten beschermd worden.

19. De staten behouden ook bevoegdheden ten aanzien van de werken die wel in een tastbare vorm zijn vastgelegd, maar deze zijn beperkt. Wanneer statelijk recht een hindernis vormt «to the accomplishment and execution of the full purposes and objectives of Congress» ⁸⁹, wordt dit recht «preempted». Aangezien de criteria voor federal preemption en het toepassingsbereik ervan vaag en «ondoorzichtig» ⁹⁰ zijn, werd in de C.A. 1976 zelf een duidelijke «*federal preemption*»-norm ingeschreven, § 301) ⁹¹. Section 301 C.A. 1976 stelt een *dubbele voorwaarde*: wanneer een statelijke rechtsnorm (statute law of common law) ten eerste betrekking heeft op een werk dat eveneens valt onder de federale C.A. (§§ 102-103) en ten tweede een recht toekent dat «equivalent» is aan een van de exclusieve rechten die door de C.A. aan de auteur verleend wordt (§ 106 spreekt van het recht «to reproduce, to prepare derivative works, to distribute, to perform publicly, to display publicly», wordt deze norm door de federale C.A. (§ 301 (a)) afgeschaft. Staten kunnen m.a.w. inzake auteursrecht alleen nog initiatieven nemen m.b.t. werken die niet in het toepassingsgebied van de C.A. vallen of m.b.t. rechten verbonden aan de creatie van werken waarop de C.A. wél van toepassing is, op voorwaarde dat deze rechten niet equivalent zijn aan de rechten die door de C.A. in het leven geroepen worden (§ 301 (b)). Wanneer de rechten die door de staten gecreëerd worden, *kwalitatief* verschillen van de exploitatierechten die door de C.A. 1976 erkend worden ⁹² is er geen «preemption». Dit is het geval wanneer de loutere reproductie, opvoering, verspreiding of tentoonstelling van een werk niet volstaan om een door de staten toegekend recht te schenden, wanneer

⁸⁷ Dit geldt onder bepaalde omstandigheden ook voor niet-geïmproviseerde lezingen (MARKS, C.A., «Fix or fade away: has common law copyright on non-extemporaneous lectures survived the Copyright Revision Act of 1976?», 1 *Cooley Law Review* 1983, 371-389).

⁸⁸ PATRY, W.F., *Latman's The Copyright Law*, Washington D.C., The Bureau of National Affairs, 1986, 76.

⁸⁹ Hines v. Davidowitz, 312 U.S. 52, 67 (1941).

⁹⁰ LENAERTS, K., *Constitutie en Rechter. De Rechtspraak van het Amerikaans Opperste Gerechtshof, het Europese Hof van Justitie en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, 153-154. Zie ook GINSBURG, J., «Federalism and Intellectual Property», 139 *RIDA* 1989, (19), 29-31: «... determination of whether state law has been preempted by federal law is not easy. Case law on this problem abounds in many areas, and the standard formulas employed by the Supreme Court often obscure rather than illuminate...»

⁹¹ Deze vooruitziendheid van het Congres is nogal ongewoon. Immers, «very often, Congress in enacting a federal law is silent or unclear about the extent to which state authority should survive the federal enactment, and the court must guess congressional thinking and must seek a coherent reconciliation of the policy consequences of divided responsibility» (LIEBMAN, L., «U.S. Federalism and its Portents for Europe», in *Two hundred years of U.S. Constitution and Thirty years of E.E.C. Treaty: Outlook for a comparison*, LENAERTS, K. (red.), Brussel, Story-Scientia, (59), 65).

⁹² Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 501 F. Supp. 848, 852 (S.D.N.Y. 1980).

⁸² ADAM, K., «Die Urheberachfolgevergütung», *UFITA*, 1961, 257-263; BOHRER, E.R., «Gemeinfreiheit und Urheberachfolgevergütung», *NJW*, 1962, 1892-1895; KALKBRENNER, H., «Bundeszuständigkeit für eine Urheberachfolgevergütung?», *GRUR*, 1960, 598-599.

⁸³ Goldstein v. California, 412 U.S. 546 (1973); BRATTON, W.W., «The preemption doctrine: shifting perspectives on federalism and the Burger Court», 75 *Colum. L. Rev.*, 1975, (623), 639-642; NIMMER, M.B. en NIMMER, D., *Nimmer on Copyright*, I, New York, Matthew Bender, losbl., § 1.01 (A); ORKIN, N., «Constitutional Preemption», Goldstein v. California, and Other Aspects of Preemption», 16 *IDEA*, 1974, nr. 4, (15), 27-30 en 39; ROTUNDA, R.D., NOWAK, J.E. en YOUNG, J.N., *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*, I, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1986, 227.

⁸⁴ De Copyright Act van 1909, § 26, definieert «the date of publication» als «the earliest date when copies of the first authorized edition were placed on sale, sold, or publicly distributed by the proprietor of the copyright or under his authority».

⁸⁵ 17 U.S.C., §§ 101-810.

⁸⁶ § 102 (a) C.A. 1976.

m.a.w. een bijkomend element vereist is ⁹³. Dit kan zijn het bestaan van een verhouding van geheimhouding (disclosure and exploitation of trade secrets), een vertrouwensrelatie (breach of trust), bedrog, een verkeerde voorstelling, van zaken of misleiding (deceptive trade practices) ⁹⁴. Geen van deze elementen is vereist om een inbreuk op het copyright vast te stellen. Deze «action» en «remedies» zijn bijgevolg niet equivalent aan het copyright en blijven ook na de inwerkingtreding van de Copyright Act op 1 januari 1978 perfect geldig.

20. Een wet van een staat die de Subject Matter Test (§ 301 (b) (1)) en de Equivalent Rights Test (§ 301 (b) (3)) doorstaan heeft, is nog niet helemaal «gered». De wet kan nog steeds geofferd worden op het altaar van de «federal preemption» wanneer ze in conflict komt met de algemene politiek die ten grondslag ligt aan de Copyright Act ⁹⁵. Zo zou volgens de Subject Matter Test een staat in principe bescherming kunnen verlenen aan auteurswerken die buiten het toepassingsgebied van de Copyright Act vallen. Dit geldt evenwel niet wanneer de bescherming van dergelijke werken in conflict komt met de rechten toegekend door de Copyright Act of met andere federale doelstellingen, zoals de uitdrukkelijke intentie van het Congres om die werken in het publiek domein te laten ⁹⁶. Deze «federale preemption» geschiedt dan niet op basis van § 301 C.A. 1976, maar rechtstreeks op basis van de Supremacy Clause in de Amerikaanse Grondwet ⁹⁷.

21. De volgehouden weigering van het Congres om de morele rechten van de auteur te erkennen ⁹⁸, heeft reeds negen staten ⁹⁹ ertoe gebracht zelf (beperkte) wetgevende initiatieven ter zake te nemen. In deze staten wordt voor de beeldende kunstenaar in meerdere of mindere mate het recht van vaderschap en het recht op de integriteit van het werk erkend.

De «works of fine art» ¹⁰⁰ waarop bv. de California Art

Preservation Act van toepassing is, vallen zeker in de categorie van «pictorial, graphic, and sculptural works» als bedoeld in de C.A. 1976 ¹⁰¹. Toch is er geen sprake van «preemption» van deze wetten, noch van de common law die morele rechten creëert ¹⁰², wegens gebrek aan equivalentie met de zuiver economische bescherming die het copyright verleent ¹⁰³. Dit is zonder meer zo voor het recht van vaderschap ¹⁰⁴; het recht op integriteit roept meer twijfels op ¹⁰⁵ omdat er in bepaalde omstandigheden equivalentie kan bestaan met het (economische) recht om afgeleide werken te maken ¹⁰⁶. Mocht een staat een recht op terugnemings willen invoeren, dan zou dit wellicht geen stand kunnen houden wegens de verstoring die een dergelijk recht in het handelsverkeer zou veroorzaken ¹⁰⁷.

Zoals eerder is aangeduid (supra, nr. 20) kunnen de morele rechten die de preemption test van § 301 C.A. 1976 overleefd hebben, in concrete toepassingsgevallen nog steeds in conflict komen met de federale C.A. en op grond van de Supremacy Clause hun rechtskracht verliezen. Dit zal zich m.n. voordoen wanneer de kunstenaar wel zijn morele rechten heeft, maar het copyright over zijn werk in bezit van iemand anders is. Wanneer bv. een kunstenaar een modern schilderij samen met het copyright verkoopt en de koper dit schilderij in een totaal onaangepast verguld kader publiek tentoontstelt, komt het integriteitsrecht van de kunstenaar in botsing met het tentoonstellingsrecht van de copyrighthouder. Het niet-federale morele recht zal moeten wijken ¹⁰⁸. Een degelijke vrijwaring van de morele rechten moet bijgevolg op federaal niveau uitgewerkt worden.

Een recente wijziging van de Copyright Act lijkt hier nu op in te gaan door aan beeldende kunstenaars tijdens hun leven een beperkt paterniteits- en integriteitsrecht toe te kennen. Hierdoor wordt wellicht een groot deel van de bestaande statelijke wetgeving in verband met morele rechten afgeschaft. De federale wetgever laat voor de staten in elk geval wel de mogelijkheid open om bv. het paterniteits- en

⁹³ NIMMER, M.B., en NIMMER, D., o.c., § 1.01 (B), 1-13.

⁹⁴ *Ibid.*, § 1.01 (B), 1-15/18.

⁹⁵ ROMM, J., «The Fine Art of Preemption: Section 301 and the Copyright Act of 1976», 60 *Oregon L. Rev.*, 1981, (287), 288.

⁹⁶ PATRY, W.F., o.c., 78-79 (betreft bescherming van lettertypes).

⁹⁷ U.S. Constitution art. VI Cl. 2: «This Constitution and the Law of the United States which shall be made in pursuance thereof shall be the Supreme Law of the Land; and the Judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or Laws of any State to the contrary notwithstanding.»

⁹⁸ Deze afwijzende houding werd niet gewijzigd n.a.v. de toetreding van de V.S.A. tot de Conventie van Bern : de bescherming van de morele rechten in de V.S.A. wordt door deze toetreding uitgebreid noch beperkt : state statute law on common law blijven onaangetast. BAUMGARTEN, J.A. en MEYER, C.A., «Effects of U.S. adherence to the Berne Convention», *Bijblad Industriële Eigendom*, 1989, (115), 117 en *GRUR Int.*, 1989, (620), 622-623 (Duitse vert.); DIETZ, A., «Die USA und das 'droit moral': Indiosynkrasie oder Annäherung», *GRUR Int.*, 1989, 627-634 en 142 *RIDA*, 1989, 222-227 (Fr. Vert.); GINSBURG, J.C. en KERNOCHAN, J.M., «One hundred and two years later : the U.S. joins the Berne Convention», 141 *RIDA*, 1989, (57), 123-149; VANHEES, H., «Auteursrechtelijke ontwikkelingen : de toetreding van de V.S. tot de Conventie van Bern», *R.W.*, 1989-90, (69), 70.

⁹⁹ California, Louisiana, Maine, Massachusetts, New Jersey, New Mexico, New York, Pennsylvania en Rhode Island.

¹⁰⁰ Cal. Civ. Code § 987 (1980).

¹⁰¹ § 102 (a) (5) C.A. 1976.

¹⁰² CUKELL, C.F., «The author's moral right : can Louisiana adopt the doctrine ?», 51 *Tulane L. Rev.*, 1977, (309), 331. De common law heeft inderdaad een aantal persoonlijkheidsrechten erkend, die sterk gelijken op de morele auteursrechten, maar dan in het kader van regelingen m.b.t. de oneerlijke mededinging, smaad en eerroof, de privacy enz. MÖHRING, SCHULZE, ULMER, ZWIEGERT, *QUELLEN DES URHEBERRECHTS*, III, FRANKFURT AM MAIN, ALFRED METZNERVERLAG, LOSBL., USA/I, 3.

¹⁰³ DAMICH, E.J., «The Right of Personality: A Common-Law Basis for the Protection of the Moral Rights of Authors», 22 *Intellectual Property L. Rev.*, 1990, (547), 632-634; MÖHRING e.a., o.c., USA/1, 3; KATZ, G.P., «Copyright Preemption under the Copyright Act of 1976 : The Case of Droit de Suite», 47 *The George Washington L. Rev.*, 1978-79, (200), 218. FRANCIONE, G.L., «The California Art Preservation Act and Federal Preemption by the 1976 Copyright Act-Equivalence and Actual conflict», 18 *Cal. W. L. Rev.*, 1982, (189), 208-214 komt langs een andere redenering tot hetzelfde resultaat.

¹⁰⁴ FRANCIONE, G.L., l.c., 209.

¹⁰⁵ *Ibid.*, 212-214; PATRY, W.F., o.c., 89.

¹⁰⁶ § 106 (2) C.A. 1976.

¹⁰⁷ KATZ, G.P., l.c., 219.

¹⁰⁸ FRANCIONE, G.L., l.c., 214-217.

integriteitsrecht na het overlijden van de auteur te regelen¹⁰⁹.

22. Ook over de geldigheid van het *volgrecht* dat in Californië ingevoerd werd door de California Resale Royalties Act (1976)¹¹⁰, lopen de meningen uiteen. Een deel van de rechtsleer meent dat het Californische volgrecht geen stand meer kan houden sedert de inwerkingtreding van de C.A. 1976¹¹¹. Het volgrecht wordt, volgens deze stelling, als equivalent aan het distributierecht beschouwd¹¹². Het kan bovendien niet in overeenstemming gebracht worden met de intentie van het Congres om de houder van een copyright zijn exploitatierechten op een exemplaar van het werk te doen verliezen na de overdracht ervan aan een derde¹¹³. Ten slotte kunnen economische incentives (zoals het volgrecht) wegens de noodzaak van een nationaal uniform systeem alleen door het Congres gecreëerd worden¹¹⁴.

Enkele auteurs houden evenwel vol dat, ook al geven zowel het volgrecht als het distributierecht een economische stimulans aan de kunstenaar, ze toch niet equivalent zijn. Allereerst hebben ze op twee verschillende situaties betrekking: het Californische volgrecht wordt niet op de initiële verkoop, maar wel op de verdere verkoop van het kunstwerk toegepast, terwijl het recht op distributie alleen betrekking heeft op de «first public distribution». Bovendien gaat het bij het volgrecht niet om de verkoop van het auteurswerk in de abstracte betekenis van het woord, maar wel van het materieel object dat het auteurswerk belichaamt. Zo kan de kunstenaar zijn royalty wegens de verdere verkoop van het oorspronkelijke kunstwerk opeisen, ook al is hij zelf geen houder van het copyright van het (abstracte) auteurswerk. Beide rechten staan los van elkaar en derhalve is er, volgens deze auteurs, geen federal preemption¹¹⁵.

¹⁰⁹ Mededeling in *GRUR Int.*, 1990, 999-1000.

¹¹⁰ Cal. Civ. Code § 986: een royalty van 5% op de prijs van elke verkoop van het origineel beeldend kunstwerk moet aan de kunstenaar betaald worden.

¹¹¹ KATZ, G.P., *l.c.*, 219-221; LASHNITS, N.M., «The validity of California Droit de Suite Under Preemption Principles», 11 *Golden Gate U.L. Rev.*, 1981, (349), 359-360; PATRY, W.F., *o.c.*, 89; ROMM, J., *l.c.*, 304-306; WARREN, L.K., «Droit De Suite: Only Congress can Grant Royalty Protection for Artists», 9 *Pepperdine L. Rev.*, 1981, 111-130. In de zaak *Morseburg v. Balyon* (201 *USPQ*, 1979; 518) wordt de Resale Royalty Act beschouwd als «not preempted», maar de feiten van deze zaak dateren van voor de inwerkingtreding van de C.A. 1976. De rechtbank vermeldt evenwel zijdelings zonder verder argumentatie: «In fact, it appears that the Resale Royalties Act is not preempted by the Revision Act of 1976.»

¹¹² PATRY, W.F., *o.c.*, 89.

¹¹³ Het distributierecht (§ 106 (3) C.A. 1976) wordt beperkt door § 109 (a) C.A. 1976 dat aan de rechtmatige verkrijger van een exemplaar het recht geeft «without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy...» ROMM, J., *l.c.*, 304-306; WARREN, L.K., *l.c.*, 127-128.

¹¹⁴ LASHNITS, N.M., *l.c.*, 360; ROMM, J., *l.c.*, 305-306. De vrees bestaat dat de invoering van een volgrecht in Californië tot hetzelfde negatieve resultaat zal leiden als de invoering van het droit de suite in Frankrijk, die de bloei van de veilinghuizen niet in Parijs, maar in Londen heeft veroorzaakt. KATZ, G.P., *l.c.*, 220-221.

¹¹⁵ EMLEY, S.J., «The Resale Royalties Act: Paintings, Preemption and Profit», 8 *Golden Gate U.L. Rev.*, 1978, (239), 254-255; JONES, B., «Morseburg v. Balyon — The High Court Grants Royalty A Reprieve: Constitutional Challenges to the California Resale Royalties Act», 3 *Comm/Ent L.J.*, 1980-81, (1), 9-16. EMLEY bena-

23. Ok het «*right of publicity*» roept controverses op. Dit recht erkent de commerciële waarde van de afbeelding of voorstelling van een prominent persoon en geeft aan het individu het exclusieve recht op de exploitatie van zijn «persona», dit is zijn naam, uiterlijk of andere persoonlijke attributen¹¹⁶. Zowel de common law als de wetgever van een toenemend aantal staten hebben dit recht erkend¹¹⁷. De rechtbanken nemen over het algemeen aan dat de exclusieve rechten op de «persona» niet afgeschaft zijn door de C.A. 1976¹¹⁸. De «persona» van een individu valt onder geen enkele rubriek van auteursrechtelijk beschermde werken in de C.A. Hetgeen door het right of publicity beschermd wordt, is bovendien niet noodzakelijk in een tastbare vorm vastgelegd en valt ook om die reden buiten het toepassingsgebied van de C.A.¹¹⁹. De staten blijven bijgevolg bevoegd in deze materie. Dit neemt niet weg dat copyright en right of publicity met elkaar in conflict kunnen komen, met name wanneer auteurs de persoonlijkheidsattributen van anderen in hun werk gebruiken. Op dat ogenblik speelt de Supremacy Clause en heeft het federale copyright voorrang op het statelijke right of publicity. De enige manier om beide legitieme rechten naast elkaar te laten bestaan is de goedkeuring door het Congres van een wet die het right op publicity erkent. Het Congres heeft deze bevoegdheid, niet op grond van de Copyright Clause, maar wel op grond van de Commerce Clause¹²⁰.

24. In de mate waarin de Common Law de rechten van de uitvoerende kunstenaar erkent, blijft deze bescherming bestaan, ook na de inwerkingtreding van de C.A. 1976¹²¹.

25. De *Louisiana Software License Enforcement Act* is dan weer wel «preempted»¹²². Deze wet gaf aan de softwareproducenten de mogelijkheid om de kopers van software door een adhesiecontract aan zich te binden. In dit contract mocht een absoluut verbod op het kopiëren van de software voor onverschillig welk doel en een verbod op het aanpassen van het software-exemplaar, incl. reverse engineering ingeschreven worden. De wet doorstaat de equivalentietest niet

drukt tevens dat hier het volgrecht volledig in overeenstemming is met de doelstellingen van de federale overheid en bijgevolg ook deze preemptiontest overleeft (pp. 256-261).

¹¹⁶ APFELBAUM, M.J., «Copyright and the Right of Publicity: One Pea in Two Pods?», 71 *Geo. L.J.* 1983, (1567), 1570-1574; SALOMON J.E., «The Right of Publicity Run Riot: The Case for a Federal Statute», 60 *S. Cal. L. Rev.*, 1987, 1179-1207.

¹¹⁷ SALOMON, J.E., *l.c.*, 1179-1180, noot 3 en 4.

¹¹⁸ *Ibid.*, 1187, noot 56 (o.a. *Factors Etc., Inc. v. Pro Arts, Inc.*, 652 F. 2d 278, 289 (2d Cir. 1981), bekritiseerd door APFELBAUM, M.J., *l.c.*, 1577-1581. *contra*: *Baltimore Orioles, Inc. v. Major League Baseball Players Association*, 805 F.2d 663 (7th Cir.1986), eveneens bestreden door SAXER, S.R., «*Baltimore Orioles, Inc. v. Major League Baseball Players Association: The right of publicity in game performances and federal copyright preemption*», 36 *UCLA L. Rev.*, 1989, 861-888.

¹¹⁹ APFELBAUM, M.J., *l.c.*, 1582-1583; NIMMER, M.B., en NIMMER, D., *o.c.*, § 1.01 (B), noot 49.1 en p. 1-22.3/4.

¹²⁰ APFELBAUM, M.J., *l.c.*, 1574-1576; SALOMON, J.E., *l.c.*, 1186-1207.

¹²¹ MÖHRING, SCHULZE, ULMER en ZWIEGERT, *o.c.*, USA/I, 4.

¹²² *Vault Corporation v. Quaid Software Limited, Copyright Law Decisions*, 1987, 21.065.

en is evenmin verzoenbaar met de beperktere bescherming die de C.A. 1976 aan software toekent ¹²³.

26. Deze en andere voorbeelden maken duidelijk dat de C.A. 1976 nog weinig ruimte laat voor wetgevende initiatieven vanwege de staten. Dit was precies de bedoeling van het Congres, dat een uniform, nationaal copyright systeem wilde invoeren. Bovendien kan het Congres in de toekomst nog ingrijpen op die domeinen waar aan de staten tot nog toe enige handelingsvrijheid gelaten wordt (bv. inzake morele rechten), wanneer de regelingen in de verschillende staten te ver zouden uiteenlopen (met o.m. forum shopping als gevolg). De staten hebben immers geen gereserveerde bevoegdheid inzake auteursrecht. Intussen kan men wel voor- en nadelen van de verschillende statelijke initiatieven observeren (als ware het proeflaboratoria) en hieruit de nodige lessen trekken bij het opstellen van een federale wet ¹²⁴.

C. Andere federaal georganiseerde landen

27. De meeste andere landen volgen in mindere of meerdere mate het Duitse of het Amerikaans model, het eerste met exclusieve bevoegdheden inzake auteursrecht voor de federale wetgever, het tweede met concurrerende bevoegdheden voor de federale en deelstatelijke wetgevers, met inachtneming van het beginsel van de voorrang van het federale op het deelstatelijke recht in geval van conflict.

In Oostenrijk ¹²⁵, Spanje ¹²⁶, Canada ¹²⁷, Brazilië ¹²⁸, Mexico ¹²⁹, Argentinië ¹³⁰, Venezuela ¹³¹, Indië ¹³², Pakistan ¹³³, Maleisië ¹³⁴ en Nigeria ¹³⁵ is de federale overheid exclusief bevoegd voor auteursrecht. Grote delen van de cultuurpolitiek zijn in Oostenrijk ¹³⁶ en Canada ¹³⁷ overigens in handen van

diezelfde overheid. Zwitserland kent een systeem van concurrerende bevoegdheden voor het Eedgenootschap en de Kantons inzake burgerlijk recht, met inbegrip van het auteursrecht ¹³⁸. De federale wetgever heeft zijn bevoegdheid ten volle uitgeoefend, zodat de Kantons niet meer kunnen optreden. Ook hier is het auteursrecht lang niet het enige onderdeel van de culturele bevoegdheden dat aan de federatie toekomt ¹³⁹. De bevoegdheidsverdeling in Australië spiegelt zich aan het Amerikaans model. De Commonwealth en de States hebben een concurrerende bevoegdheid inzake copyrights ¹⁴⁰. In 1912 werd door het federale parlement de U.K. Copyright Act (1911) op Australië toepasselijk verklaard en alle State Acts werden afgeschaft ¹⁴¹. De huidige Copyright Act (1968) laat weinig ruimte over voor de staten. Zowel gepubliceerde als niet-gepubliceerde auteurswerken vallen onder de federale wet, zodat er geen common law copyright bestaat zoals dit vóór 1976 in de U.S.A. bestond (supra, nr. 17). Common law met betrekking tot schending van vertrouwen, oneerlijke concurrentie e.d. blijft wel bestaan ¹⁴². Wie de wetgevende bevoegdheid over de morele auteursrechten ¹⁴³ en over de nevenrechten van de uitvoerende kunstenaars ¹⁴⁴ kan uitoefenen, is nog onduidelijk.

28. De drie federaal georganiseerde ex-«Oostblok»-staten springen, elk op hun manier, een beetje uit de band. Sedert Tsjechoslovakije in 1968 op federale leest geschoeid werd, is de federale wetgever bevoegd voor het opstellen van een basiswetgeving inzake auteursrecht in de mate waarin de eenheid van de rechtsorde dit vereist ¹⁴⁵. Dit betekent in feite dat er weinig ruimte overblijft voor de deelrepublieken: de nieuwe federale auteurswet van 28 maart 1990 staat alleen toe dat de ministeries van cultuur van de Tsjechische en de Slovaakse Republiek hoogte, betalingswijze en verdeling van de auteursvergoedingen bepalen, en dat is een uitvoerende, geen wetgevende bevoegdheid ¹⁴⁶.

¹²³ KEMP, D., «Limitations Upon the Software Producer's Rights: Vault Corp. v. Quaid Software Ltd.», 16 *Rutgers Computer & Technology L.J.*, 1990, 85-127; SNOWMAN, S., «Preemption of the Louisiana Software Enforcement Act by Copyright Law (or Suffocation by Shrink-Wrap)», 8 *Comm./Ent L.J.*, 1985-86, 163-256.

¹²⁴ GINSBURG, J., l.c., 37-51. Ginsburg analyseert én kritiseert deze «laboratory approach», maar geeft ook de problemen aan die de ongelijke statelijke regelingen inzake software, right of publicity, morele rechten enz. met zich meebrengen. Zij concludeert: «As a general matter, this examination indicates that most intellectual properties might best be «federalized»» (d.i. op het niveau van de federatie geregeld, niet «gefederaliseerd» in de Belgische betekenis van het woord!) (p. 49).

¹²⁵ Art. 10 (1), punt 6, Bundesverfassungsgesetz.

¹²⁶ Art. 149, § 1, punt 9, Spaanse Gw.; ROMAN, F.B., *Propiedad Intelectual*, Madrid, Editorial Trivium, 1988, 89.

¹²⁷ Art. 91, punt 23, Canadese Gw.

¹²⁸ Art. 8 (XVII) (b) Braziliaanse Gw.

¹²⁹ Art. 73 Mexicaanse Gw.

¹³⁰ Art. 67, punt 11, Argentijnse Gw.

¹³¹ Art. 136, nr. 24, Venezolaanse Gw.

¹³² Art. 246 (1) en 7th Schedule nr. 49, Indiase Gw.

¹³³ Art. 142 (a) en 4th Schedule nr. 25, Pakistaanse Gw.

¹³⁴ Art. 74 (1) en 9th Schedule, nr. 8, Gw. van Maleisië.

¹³⁵ Art. 4 (2) en 2nd Schedule, Part I, nr. 13, Nigeriaanse Gw.

¹³⁶ PERNTHALER, P., *Föderalistische Kulturpolitik*, Wenen, Wilhelm Braumüller Universitäts-Verlagsbuchhandlung, 1988, 18; WEBER, K., *Kriterien des Bundesstaates. Eine systematische, historische und rechtsvergleichende Untersuchung der Bundesstaatlichkeit der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich*, Wenen, Wilhelm Braumüller Universitäts-Verlagsbuchhandlung, 1980, 110-111.

¹³⁷ BEAUDOIN, A., *Le partage des pouvoirs*, Ottawa, Editions de l'Université d'Ottawa, 1982, 224 e.v.; KEYES, A.A. en BRUNET, S., *Copyright in Canada. Proposals for a revision of the law*, s.l., Consumer and Corporate Affairs Canada, 1977, 15-17: «Further areas of Federal Government responsibility include broadcasting and communications policy, cultural policy, the creative arts and industrial development. To varying degrees, copyright has inter-relationships with all of these. Therefore copyright may be a policy in itself, or a means of furthering other policies», p. 16).

¹³⁸ Art. 64, al. 1, Bundesverfassung.

¹³⁹ HÄBERLE, P., *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat*, Wenen, Wilhelm Braumüller Universitätsbuchhandlung, 1980, 38; STADLER, H., *Die verfassungsrechtliche Befugnisse des Bundes zur Förderung der Kultur*, Zürich, Juris Druck & Verlag, 1984, 165p.

¹⁴⁰ S.51 (XVIII) Constitution.

¹⁴¹ RICKETSON, S., *The Law of Intellectual Property*, Melbourne, The Law Book Company Limited, 1984, 50.

¹⁴² LAHORE, J., *Copyright Law*, Sydney, Butterworths, losbl., 1551.

¹⁴³ RICKETSON, S., o.c., 431; EISENREICH, K., «Der Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts in Großbritannien, Kanada und Australien», *GRUR Int.*, 1988, (36), 40-41: voorlopig kan een auteur alleen in de Common Law een bescherming vinden die min of meer vergelijkbaar is met de traditionele morele rechten.

¹⁴⁴ RICKETSON, S., o.c., 435.

¹⁴⁵ Art. 37 (3) Grondwettelijke Akte over de Tsjechoslovaakse Federatie nr. 143/1968; VODICKA, K., «Legislativorgane der CSSR vor der Verfassungsreform», *Osteuroparecht*, 1990, (30), 38-39.

¹⁴⁶ Mededeling in *GRUR Int.*, 1990, 891-892.

In *Joegoslavië* is de federale wetgever exclusief bevoegd voor auteursrecht. De deelrepublieken en -provincies hebben wel de bevoegdheid om rechten op dagboeken, brieven en portretten al dan niet te erkennen ¹⁴⁷. Bovendien laat de auteurswet van 1978 de mogelijkheid voor de deelrepublieken en autonome provincies open om een betalend publiek domein te voeren (art. 87), een bevoegdheid waarvan nog geen enkel deelparlement gebruik gemaakt heeft ¹⁴⁸. Ook de regeling van de vererving van auteursrechten wordt aan de deelparlementen overgelaten (art. 80) ¹⁴⁹.

De *Sovjetunie* ten slotte kent een heel eigen systeem van bevoegdheidsverdeling. Het auteursrecht wordt als een deel van het burgerlijk recht op het niveau van de Unie behandeld in de «Algemene Beginselen (osnovy) van de Burgerlijke wetgeving van de U.S.S.R. en de Unierepublieken» (deel IV, artt. 96-106). Dit kan beschouwd worden als een soort van kaderwetgeving, die door de 12 Unierepublieken in wetboeken («kodeksy») uitwerkt wordt ¹⁵⁰. De Algemene Beginselen kennen op bepaalde deelaspecten van het auteursrecht exclusieve bevoegdheden aan de Unierepublieken toe. Dit is met name het geval voor het vastleggen van de grenzen waarbinnen het reproduceren van wetenschappelijke, literaire en kunstwerken in werken voor wetenschap, kritiek, onderwijs en politieke voorlichting toegelaten is zonder de toestemming van de auteur en zonder betaling van een auteursvergoeding, maar met naam- en bronvermelding (art. 103, punt 2); voor het omschrijven van de gevallen waarin de auteur recht heeft op een auteursvergoeding voor de openbare opvoering van in omloop gebrachte scheppingen (art. 104, punt 1); voor het bepalen van een kortere beschermingstermijn voor fotografische werken en voor werken van toegepaste kunst, met een minimum van tien jaar vanaf de publikatie (art. 105, tweede lid); voor het aanduiden van de auteursrechten, die niet door erfopvolging overgaan (art. 105, vierde lid); en voor het vastleggen van de procedure die de staat moet volgen wanneer ze het auteursrecht op uitgave, openbare opvoering en ander gebruik van de schepping dwingend van de auteur of zijn erfgenamen opkoopt (art. 106). Deze toestand is niet houdbaar. Een fotoalbum bv. kan in de ene Unierepubliek beschermd zijn (bv. Russische Federatie: tot 25 jaar na het overlijden van de auteur), terwijl het in de ander Unierepubliek reeds ge-

ruime tijd in het publiek domein gevallen is (bv. Kazachstan: bescherming tot tien jaar na publikatie). Dit is des te erger in een planeconomie waar een auteur vaak niet vrij kan kiezen waar zijn werk gepubliceerd zal worden ¹⁵¹.

Voor ander deelgebieden zijn de wetgevers van zowel de Unie als de Unierepublieken bevoegd: de berekening van de auteursvergoeding (art. 98); de aanduiding van de gevallen waarin en de grenzen waarbinnen auteursrechten aan rechtspersonen toegekend worden (art. 100, eerste lid); de bepaling van de wijze waarop de organisatie-werkgever een auteurswerk in dienstverband gecreëerd mag gebruiken en de gevallen waarin een auteursvergoeding aan de werknemer-auteur betaald moet worden (art. 100, tweede lid); en de reglementering van de wijze waarop modelcontracten omtrent het benutten van een schepping worden aangenomen (art. 101, tweede lid). Ook deze bevoegdheidsverdeling roept vragen op. Zo worden de tarieven voor de uitgave van literair en wetenschappelijk werk, voor de openbare opvoering, en voor het gebruik van decoratieve kunst in de industrie in hoofdzaak door de Unierepublieken bepaald, terwijl de tarieven voor grafische werken in de pers en voor de reproductie van toegepaste kunst op het niveau van de Unie geregeld worden. Wat is de logica achter een systeem waarin de schrijver van een boek volgens de normen van de verschillende Unierepublieken betaald wordt, terwijl op de illustrator van hetzelfde boek de tarieven van de Unie toegepast worden ¹⁵²? In de rechtsleer wordt dit systeem aangeklaagd en pleit men dan ook voor een uniewet die het auteursrecht in al zijn aspecten uniform regelt ¹⁵³.

Het is nog onduidelijk of het nieuwe Unieverdrag in zijn bevoegdheidsverdeling aan deze verzuuchting tegemoet komt ¹⁵⁴. De nieuwe Uniewet over de eigendom in de USSR van 6 maart 1990 ¹⁵⁵ laat vermoeden dat men het bestaande systeem niet fundamenteel wil wijzigen, door te bepalen dat de verhoudingen m.b.t. het creëren en het gebruiken van uitvindingen, ontdekkingen en andere objecten van intellectuele eigendom geregeld worden door een speciale wetgeving van de USSR en van de unie- en autonome republieken (art. 2, 4°). De door de Unie niet erkende eigendoms wet van de grootste Unierepubliek, de RSFSR, van 24 december 1990 ¹⁵⁶ bepaalt dan weer dat de verhoudingen m.b.t. het creëren en het gebruiken van voortbrengselen van wetenschap, literatuur en kunst, ontdekkingen, uitvindingen, rationaliseringsvoorstellen enz. geregeld worden door het auteursrecht en door andere akten van burgerlijke wetgeving

¹⁴⁷ Montenegro, Servië, Bosnië-Herzegovina en Kosovo hebben dergelijke rechten wettelijk erkend. MÖHRING, SCHULZE, ULMER, ZWIGERT, o.c., *Jugoslawien/I*, 11-12.

¹⁴⁸ *Ibid.*, *Jugoslawien/I*, 36; KRNETA, S., «Zur Entwicklung des Urheberrechts in Jugoslawien», *GRUR Int.*, 1981, (663), 668.

¹⁴⁹ In alle deelrepublieken en autonome provincies gelden de gewone regels van het erfrecht, met uitzondering van Bosnië-Herzegovina, waar de exploitatierechten alleen aan de kinderen, echtgenoot of echtgenote en de ouders van de auteur kunnen vererfd worden (MÖHRING e.a., o.c., *Jugoslawien/In* 44).

¹⁵⁰ Juridisch-technisch gesproken gaat het hier niet echt om een kaderwet: niet de uitvoerende macht van de Unie, maar wel de wetgevende macht van de Unierepubliek zorgt voor de uitwerking ervan. Bovendien bevatten de Algemene Beginselen niet alleen algemene principes, maar ook detailregelingen en bepalingen over de bevoegdheidsafgrenzing tussen Unie en Unierepublieken (hiermee de taak van een grondwetgever overnemend). Formeel gezien is het de Unie evenwel verboden zelf wetboeken aan te nemen (FINCKE, M., *Handbuch der Sowjetverfassung*, II, Berlijn, Duncker & Humblot, 1983, 740).

¹⁵¹ GAVRILOV, E.P.; «Sootnoshenie obshchegosoiuznogo i respublikanskogo zakonodatel'stva v oblasti avtorskogo prava» (de verhouding tussen de wetgeving van de Unie en de Unierepublieken op het gebied van het auteursrecht), *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo*, 1979, nr. 4, (51), 52-53.

¹⁵² *Ibid.*, 54.

¹⁵³ *Ibid.*, 51-56; LEIKASKAS, I.P., «Iskliuchitel'naia kompetentsiia soiuza SSR v oblasti avtorskogo prava» (de exclusieve bevoegdheid van de Unie van de SSR op het gebied van het auteursrecht), *Problemy Sovershenstvovaniia Sovetskogo Zakonodatel'stva*, 1977, nr. 9, 190-192; PECHTL, E., *Das neuere sowjetische Urheberrecht unter besonderer Berücksichtigung der internationalen Beziehungen*, München, Verlag V. Florentz, 1982, 22.

¹⁵⁴ *Izvestiia*, 24 november 1990 (ontwerp-Unieverdrag).

¹⁵⁵ *Izvestiia*, 10 maart 1990.

¹⁵⁶ *Ekonomika i zhizn'*, januari 1991, nr. 3, 13-14.

en ook door intergouvernementele overeenkomsten (art. 1, 4°). Deze «strijd om de bevoegdheden» tussen Inie en Unierepublieken heeft als gevolg dat de toetreding van de USSR tot de Conventie van Bern voor de bescherming van letterkundige en kunstwerken en de hiervoor noodzakelijke aanpassing van de interne wetgeving voortdurend uitgesteld wordt.

V. Conclusie

29.a) Het auteursrecht behoort steeds tot de wetgevende bevoegdheid van het federale parlement. Deze bevoegdheid is exclusief (België, Duitsland, Spanje, Oostenrijk, Canada, Indië, Pakistan, Maleisië, Brazilië, Mexico, Argentinië, Venezuela, Nigeria en Joegoslavië), concurrerend met de bevoegdheid van de deelstaten (U.S.A., Australië, Zwitserland), of heeft alleen betrekking op het kader dat door de deelstaten verder uitgewerkt moet worden (Sovjetunie).

b) In de landen waar het auteursrecht een *exclusief* federale bevoegdheid is, behouden de deelstaten hun bevoegdheid over de grijze zone rond het auteursrecht: het betalend publiek domein (België, Joegoslavië, misschien Duitsland) en het wettelijk depot (België, Duitsland).

c) Daar waar het auteursrecht het voorwerp uitmaakt van een *concurrerende* bevoegdheid, hebben de federale wetgevers het in hun respectieve rechtsculturen gebruikelijke domein van het auteursrecht volledig gereguleerd, zodat de deelstaten ter zake geen bevoegdheden meer hebben. Voor de Angelsaksische landen betekent dit dat er geen common law copyright (meer) is, maar dat de morele rechten en de rechten van de uitvoerende kunstenaars nog steeds op deelstatelijk niveau geregeld kunnen worden (V.S.A., Australië), tot op het ogenblik dat de federale wetgever ook hier ingrijpt. In de landen met een continentaal auteursrecht heeft de federale overheid de morele rechten en (soms) de nevenrechten wettelijk beschermd, zodat de deelstaten in die domeinen niet meer kunnen optreden.

d) In het enige land waar met een soort van *kaderwetgeving* gewerkt wordt (Sovjetunie), bevat het kader dat door

de federale wetgever geschetst werd, zelf een reeks detailregelingen. Er wordt hevige kritiek geuit op de enkele (concurrerende of exclusieve) bevoegdheden die toch aan de Unierepublieken toegekend worden.

e) Of het auteursrecht al dan niet als een onderdeel van het *burgerlijk recht* beschouwd wordt, kan, rechtsvergelijkend bekeken, niet als een decisief bevoegdheidscriterium beschouwd worden. Het auteursrecht is immers een federale materie zowel in landen waar (delen van) het burgerlijk recht tot de bevoegdheid van de deelstaten behoort (bv. Canada) als in de landen waar het burgerlijk recht een federale aangelegenheid is (bv. in België en de Zuid Amerikaanse landen). Hetzelfde kan gezegd worden van de *cultuur* als bevoegdheidscriterium. Of deelstaten een ruime dan wel een beperktere bevoegdheid inzake cultuur hebben, heeft geen invloed op de federale bevoegdheid inzake auteursrechten.

f) Deze grote eensgezindheid op het wereldvlak wordt verklaard vanuit de *noodzaak om een uniform nationaal auteursrecht op te bouwen*. Dispariteiten in verschillende deelstatelijke regelingen zouden immers de economische unie van het land in gevaar kunnen brengen. Bovendien is het wenselijk dat dezelfde wetgever reglementerend kan optreden voor zowel de artistieke als de industriële eigendom, die immers gelijksoortige rechten omvatten. In de bevoegdheidsverdelende artikelen van heel wat grondwetten wordt het auteursrecht overigens in één adem genoemd met de andere intellectuele rechten. Het auteursrecht moet derhalve nationaal geregeld worden. Heel wat federale wetgevers hebben reeds van hun bevoegdheid gebruik gemaakt om het auteursrecht te actualiseren. Zou de federale wetgever van België, het land met de oudste auteurswet ter wereld, zich nog eens heerlijk onder de dekens durven om te draaien? Een knus en onbezorgd gevoel, dat wel, maar ondertussen worden de gekookte eitjes aan de ontbijttafel koud.

Michiel ELST
Assistent UFSAL

Medewerker Centrum voor Intellectuele Rechten
(C.I.R.)

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

21 DECEMBER 1990

Voorzitter: de h. Sarot

Rapporteurs: de hh. André en Debaedts

Afstamming — Erkenning door vader — Toestemming van de moeder — Grondrechten — Gelijkelijkheid

Door de ontvankelijkheid van de erkenning van een minderjarig, niet ontvoegd kind door de man wiens vaderschap niet is betwist, afhankelijk te stellen van de voorafgaande toestemming van de moeder schendt art. 319, § 3, B.W. de artt. 6 en 6bis Gw.

G. t/ M.

Arrest nr. 39/90

Bij vonnis van 4 april 1990, gewezen in de zaak tussen de heer Léon G. en mevrouw Françoise M., heeft de eerste kamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Bergen aan het Arbitragehof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

«Is artikel 319, § 3, van het Burgerlijk Wetboek, dat zegt dat de erkenning van een minderjarig, niet ontvoegd kind door de vader, slechts ontvankelijk is indien de moeder vooraf toestemt, niet in strijd met de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet?»

...

Naar luid van artikel 312, § 1, van het Burgerlijk Wetboek is de afstamming van moederszijde in beginsel van rechtswege vastgesteld door de verplichte vermelding, in de geboorteakte, van de naam van de vrouw die een kind ter wereld heeft gebracht. De erkenning van het kind, door de moeder, bij gebreke van een dergelijke vermelding, — hypothese beoogd in artikel 313, § 1, van het Burgerlijke Wetboek — is dus een uitzonderlijke wijze om de afstamming vast te stellen, die geen enkele voorafgaande toestemming, noch van de vader, noch van het kind vereist, en aan geen enkele rechterlijke controle onderworpen is.

Artikel 319, § 3, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, onderwerpt de ontvankelijkheid van de erkenning van een niet-ontvoegd minderjarig kind door een man, aan een voorwaarde die niet is opgelegd voor het vaststellen van de afstamming van moederszijde buiten het huwelijk.

Het Hof constateert dat de hierboven geciteerde bepalingen een verschil in behandeling ten aanzien van de vaststelling van de afstamming buiten het huwelijk teweegbrengen tussen de man wiens vaderschap niet wordt betwist en de vrouw, doordat zij de erkenning door de vader van het kind afhankelijk stellen van de toestemming van de moeder en, bij gebreke daarvan, van een beslissing van de rechtbank.

Het vermijden van erkenningen uit louter welwillendheid tegenover de moeder, van laattijdige erkenningen en van erkenningen die de moeder blijvend confronteren met de traumatiserende context van de verwekking, zoals bijvoorbeeld in geval van verkrachting, zijn de belangrijkste redenen die in de parlementaire voorbereiding zijn aangevoerd ter verantwoording van het aannemen van artikel 319, § 3, van het Burgerlijk Wetboek. (Verslag Staels-Dompas, *Gedr. St., Sennaat*, 1984-85, nr. 904/2, 57-62; Verslag Hermans, *Gedr. St., Kamer*, 1985-86, nr. 378/16, 36-40).

De eerste doelstelling — het vermijden van erkenningen die louter door welwillendheid tegenover de moeder zijn ingegeven — kan niet worden bereikt door de bepaling die de erkenning door de vader afhankelijk stelt van de toestemming van de moeder. In dat opzicht heeft het immers geen nut de toestemming van de moeder te eisen wanneer niet wordt betwist dat de man die het kind wenst te erkennen, de werkelijke vader is. Voor het overige zou de toestemming van de moeder een erkenning uit welwillendheid niet beletten, wanneer die toestemming zou worden gegeven ondanks het feit dat de man die het kind wenst te erkennen, niet de echte vader is.

Artikel 319, § 3, van het Burgerlijk Wetboek beantwoordt aan de zorg van de wetgever om laattijdige erkenningen te vermijden slechts voor zover het om mannen gaat, want de erkenning van een kind door de moeder kan zonder tijdsbeperking plaatsvinden.

Bovendien is het vereiste van toestemming van de moeder of de eventuele tussenkomst van de rechter in het belang van het kind een onevenredig middel ten aanzien van het doel dat erin bestaat laattijdige erkenningen te vermijden, daar de wet de beoordeling van het belang van het kind door de rechter in geen opzicht beperkt.

De zorg om een erkenning te vermijden die de moeder blijvend confronteert met de traumatiserende context van de verwekking van het kind, is een motief dat in geen geval een algemeen onderscheid tussen de vader en de moeder van een kind kan gronden. Hetzelfde doel had door specifieke maatregelen kunnen worden bereikt.

Het door de wetgever gekozen middel blijkt dus onevenredig met het nagestreefde doel.

De ongelijkheid tussen de vader en de moeder en de asymmetrie die voortvloeit uit de bij artikel 319, § 3, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek voorgeschreven regeling, zijn onaanvaardbaar in zover de genomen maatregelen, hetzij het bereiken van de doelstellingen van de wetgever niet mogelijk maken, hetzij niet als redelijkerwijze evenredig met die doelstellingen kunnen worden beschouwd.

Het Hof stelt vast, dat hoewel één van de doelstellingen van de wet van 31 maart 1987 er volgens haar auteurs in bestaat de gelijkheid ten aanzien van het afstammingsrecht te verwezenlijken, de regeling van artikel 319, § 3, van het Burgerlijk Wetboek eveneens een verschil in behandeling onder de kinderen teweegbrengt naargelang zij al dan niet in het huwelijk geboren zijn. Terwijl ten gunste van de in het huwelijk geboren kinderen een wettelijk vermoeden van vaderschap geldt, is het niet verantwoord de vaststelling van het vaderschap voor de buiten huwelijk geboren kinderen afhankelijk te stellen van een wisselvallige factor — de toestemming van de moeder, en, bij ontstentenis daarvan, een beslissing van de rechtbank die kan leiden tot een verwerping van de vordering ook al is het vaderschap niet betwist — die geen bestaansreden vindt in de eigen situatie van de buiten het huwelijk geboren kinderen.

Door het invoeren van een onverantwoord onderscheid tussen de vader en de moeder en tussen kinderen, is artikel 319, § 3, van het Burgerlijk Wetboek, dat de erkenning van een kind door een niet gehuwde vader regelt, in strijd met de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet.

NOOT — Zie, in dezelfde zin, Panier, Chr., *La loi sur la filiation devant la Cour d'arbitrage*, *J.L.M.B.*, 1990, 897-899; De Gavre, J., *Le principe d'égalité dans le droit de la filiation: limites, exceptions et contrôle*, *Rev. droit U.L.B.*; 1-1990, 11-36, en de aldaar aangehaalde rechtsleer; Zie ook in dit nummer: SENAËVE, P., *De vaderlijke erkenning van een buitenhuwelijks kind en het gelijkheidsbeginsel*, *R.W.*, 1990-91, 1211 e.v.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 13 JUNI 1990

Voorzitter: de h. Stranard

Rapporteur: de h. Ghislain

Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven

Advocaat: mr. Dupuis

Hof van Assisen — 1. Verhoor van getuigen — 2. Openbaarheid — Cassatiemiddel

1. De voorzitter van het hof van assisen kan krachtens zijn discretionaire macht, zonder de eed af te nemen en louter om inlichtingen te krijgen, de personen ondervragen die een van de bij art. 322 Sv. opgesomde hoedanigheden bezitten en tegen wier verhoor de procureur-generaal, de burgerlijke partijen of de beschuldigten zich niet hebben verzet.

2. De beschuldigde heeft er geen belang bij als cassatiemiddel aan te voeren dat een burgerlijke partij die met zijn zaak niets te maken had en op het proces vertegenwoordigd werd, niet in persoon tot de zitting met gesloten deuren toegelaten werd.

N.

Gelet op het bestreden arrest, op 6 april 1990 gewezen door het Hof van Assisen van de provincie Brabant, rechtdoende op verwijzing;

Gelet op de arresten van 9 augustus en 18 oktober 1989 van het Hof;

I. Op de voorziening van Jean N.:

Over het eerste middel: schending van artikel 317 van het Wetboek van Strafvordering,

doordat de getuige à charge, Lucette R., ex-echtgenote van eiser, op de terechtzitting van maandag 2 april 1990 is binnengebracht om verhoord te worden; op vraag van de voorzitter, de beschuldigen en hun raadslieden, alsook het openbaar ministerie formeel verklaarden zich er niet tegen te verzetten dat de regelmatig gedaagde getuige, wier naam door het openbaar ministerie regelmatig binnen de wettelijke termijn ter kennis was gebracht van de beschuldigen, onder eed zou worden gehoord; die getuige nochtans niet de eed had afgelegd alvorens te getuigen, zoals zij dat gedaan had toen zij in dezelfde zaak verhoord was voor het hof van assisen van de provincie Luik,

terwijl artikel 317 van het Wetboek van Strafvordering bepaalt dat de getuigen, alvorens hun verklaringen af te leggen, op straffe van nietigheid de eed afleggen dat zij zullen spreken zonder haat en zonder vrees, dat zij de gehele waarheid en niets dan de waarheid zullen zeggen; krachtens artikel 322, laatste lid, van het Wetboek van Strafvordering, de gewezen echtgenote van de beschuldigde onder eed moet worden gehoord als geen enkele partij zich ertegen verzet; de voorzitter noch het hof van assisen, evenmin als de partijen, een regelmatig opgeroepen getuige kan ontslaan van de eedaflegging; de eedaflegging een rechtsvorm is die de openbare orde raakt en op straffe van nietigheid is voorgescreven;

Overwegende dat uit het proces-verbaal van de terechtzitting van 2 april 1990 van het hof van assisen blijkt dat Lucette R., die regelmatig was gedagvaard als getuige en wier naam bekend was gemaakt, verklaard heeft «de ex-vrouw van de beschuldigde Jean N. te zijn»; dat in weerwil van de verklaring van het openbaar ministerie, de beschuldigen en hun raadslieden dat zij zich niet ertegen verzetten dat de getuige onder eed werd gehoord, de voorzitter, «met gebruikmaking van zijn discretionaire macht», de eedafneming achterwege gelaten heeft op grond dat «die getuige de ex-vrouw is van Jean N.»;

Overwegende dat luidens artikel 322 van het Wetboek van Strafvordering de man of de vrouw, zelfs nadat de echtscheiding is uitgesproken, niet worden toegelaten om te getuigen; dat hetzelfde artikel, laatste lid, bepaalt dat het horen van die personen evenwel geen nietigheid kan teweegbrengen, wanneer de partijen zich niet ertegen hebben verzet dat zij gehoord worden; dat uit die wetsbepaling blijkt dat een aanverwant van de beschuldigde, wanneer hij voor het hof van assisen als getuige verhoord wordt, bij ontstentenis van verzet van de partijen, op straffe van nietigheid de wettelijke eed moet afleggen;

Overwegende dat de voorzitter van het hof van assisen evenwel krachtens de hem door artikel 269 van het Wetboek van Strafvordering toegekende discretionaire macht, zonder

de eed af te nemen en louter om inlichtingen te krijgen, de personen kan ondervragen die een van de bij artikel 322 van dat wetboek opgesomde hoedanigheden bezitten en tegen wier verhoor de procureur-generaal, de burgerlijke partijen of de beschuldigen zich niet hebben verzet;

Dat het middel faalt naar recht;

Over het tweede middel: miskenning van het beginsel van de openbaarheid van de debatten,

doordat het hof van assisen op de terechtzitting van dinsdag 27 maart 1990 bij arrest bevat dat het verhoor van de getuige Marianne W. met gesloten deuren zou geschieden; tijdens de ontruiming van de zaal, mr. M., raadsman van de burgerlijke partij Henri R., de voorzitter vroeg of zijn cliënt, Henri R., die partij was in het geding en die zich in de zaal bevond, bij dat verhoor aanwezig mocht zijn; dat de voorzitter dat verzoek verwierp met de precisering dat Henri R. niet toegelaten was tot de behandeling met gesloten deuren; op verzoek van mr. Xavier Magnée, eisers raadsman, akte werd genomen van het feit dat «Henri R., burgerlijke partij, niet tot de behandeling met gesloten deuren werd toegelaten»,

terwijl de procespartijen in ieder geval aanwezig moeten zijn bij de behandeling met gesloten deuren; Henri R., in twee opzichten bij de zaak betrokken was: in eigen naam en als wettelijk vertegenwoordiger van zijn dochter Estelle R., de openbaarheid van de terechtzitting een essentieel vormvereiste van de strafrechtspleging is; elke miskenning van dat beginsel bijgevolg de nietigheid tot gevolg heeft; het beginsel van de openbaarheid van de terechtzitting miskend wordt en de strafrechtspleging nietig is wanneer de voorzitter de door het hof van assisen bevolen behandeling met gesloten deuren uitbreidt tot buiten de strikte, hem door de wet opgelegde grenzen, aangezien de behandeling met gesloten deuren de uitzondering is:

Overwegende dat blijkens het proces-verbaal van de terechtzitting van 27 maart 1990 van het hof van assisen, de burgerlijke partij Henri R., die op de terechtzitting door haar raadslieden werd vertegenwoordigd, niet tot de zitting met gesloten deuren werd toegelaten op grond dat haar vordering enkel gericht was tegen de medebeschuldigde Pierre D. en dat het bewuste getuigenis op haar geen betrekking had;

Overwegende dat eiser er geen belang bij heeft aan te voeren dat een burgerlijke partij, die met zijn zaak niets te maken heeft en op het proces vertegenwoordigd wordt, niet in persoon tot de zitting met gesloten deuren toegelaten werd;

Dat het middel niet ontvankelijk is;

...

NOOT – *Getuigenverhoor van bloed- of aanverwanten en sluiting van de deuren voor het Hof van Assisen*

1. Ook al beschouwde Bentham de getuigen als de belangrijkste zintuigen van het gerecht bij het zoeken naar de waarheid, het getuigenis van bloed- en aanverwanten in strafzaken is wegens hun verhoogde subjectieve betrokkenheid steeds een delicate juridische aangelegenheid geweest. Het hoeft dan ook niet te verwonderen dat luidens art. 322 Sv. de bloedverwanten in opgaande of nederdalende lijn, de broeders en de zusters en de aanverwanten in dezelfde

graad, de vrouw of haar man zelfs na echtscheiding, niet worden toegelaten om te getuigen.

2. Wanneer noch de procureur-generaal, noch de burgerlijke partij, noch de beschuldigten zich tegen het verhoor van één of meer van de door art. 322 Sv. vermelde personen heeft verzet, kan het horen van een dergelijke getuige geen aanleiding geven tot nietigheid (Cass., 2 oktober 1967, *Pas.*, 1968, I, 150).

Uit de artt. 317 en art. 322 Sv. blijkt wel dat, wanneer een bloed- of aanverwant, in casu de ex-vrouw van een van de beschuldigten, voor het hof van assisen als getuige verhoord wordt, bij ontstentenis van verzet van de procespartijen tegen dit verhoor, op straffe van nietigheid de wettelijke eed moet afleggen (Cass., 17 maart 1930, *Pas.*, 1930, I, 163; Cass., 20 februari 1961, *Pas.*, 1961, I, 673; Cass., 9 oktober 1967, *Pas.*, 1968, I, 186).

3. In het geval dat een van de procespartijen toch verzet zou aantekenen, kan de gedagvaarde bloed- of aanverwant wiens naam regelmatig bekend was gemaakt, niet als getuige onder eed worden gehoord. Voor de regelmatigheid van het verzet is vereist dat dit blijkt uit het proces-verbaal van de terechtzitting. Een verzet tegen een getuigenverhoor van een aan- of bloedverwant in de zin van art. 322 Sv. kan niet worden vermoed of worden afgeleid uit het stilzwijgen van de processen-verbaal der terechtzitting dienaangaande (Cass., 31 mei 1989, *R.W.*, 1989-90, 1250-1251, met noot A. Vandeplas). Het verzet kan zowel vóór als na de eedaflegging gebeuren. De voorzitter kan echter wel beslissen om hen, buiten eed, onmiddellijk te ondervragen krachtens zijn discretionaire macht (artt. 268 en 269 Sv.). Het is gebruikelijk dat het openbaar ministerie zich verzet tegen het verhoor als getuige van door de beschuldigten opgeroepen bloed- of aanverwanten (Declercq, R., *De rechtspleging voor het hof van assisen*, 93-94).

Wanneer de eed echter reeds is afgelegd, zal de voorzitter verplicht zijn om de eedaflegging te annuleren alvorens de bloed- of aanverwant ingevolge zijn discretionaire macht buiten eed te verhoren (Le Poittevin, G., *Code d'instruction criminelle annoté*, art. 322, nr. 196).

4. In de voorliggende casus rijst de vraag of, wanneer geen van de procespartijen zich verzet heeft tegen het verhoor van een bloed- of aanverwant door art. 322 Sv. vermeld, de ex-echtgenote van de beschuldigde zonder eedaflegging toch nog rechtsgeldig als getuige kan worden gehoord. Wanneer geen van de procespartijen zich verzet heeft, zou de voorzitter zich kunnen verzetten tegen het verhoor van de bloed- of aanverwanten als getuigen en ze buiten eed, krachtens zijn discretionaire macht, ondervragen (Cass., 7 juli 1952, *Pas.*, 1952, I, 718; Cass., 9 oktober 1967, *Pas.*, 1968, I, 186; Cass., 9 oktober 1967, *Pas.*, 1976, I, 779).

Elke persoon vermeld in art. 322 Sv., die getuigt voor het hof van assisen, zonder dat de voorzitter gebruikt maakt van zijn discretionaire bevoegdheid, moet op straffe van nietigheid de wettelijke eed afleggen, zelfs in het geval dat de procespartijen in gemeen overleg de betrokken getuige hiervan vrijstellen. Wanneer de voorzitter een bloed- of aanverwant wil verhoren buiten eed, zal noodzakelijkerwijze uit het proces-verbaal van de terechtzitting moeten blijken dat hij krachtens de artt. 268 en 269 Sv. gebruik heeft gemaakt van zijn discretionaire macht. In het geval dat men dit niet uit het proces-verbaal van de terechtzitting kan afleiden, zal de

aangevochten beslissing wellicht worden vernietigd (Cass., 17 maart 1930, *Pas.*, 1930, I, 163).

5. Het is belangrijk te weten dat het horen van getuigen voor het hof van assisen duidelijk verschilt van het ondervragen van getuigen in politie- of correctionele zaken. Zo kan alleen de voorzitter van het hof van assisen het principieel getuigenverbod om bloed- of aanverwanten in de zin van art. 322 Sv. bij verzet van een van de procespartijen nog omzeilen door hen alsnog te verhoren bij wijze van «inlichtingen» buiten eed verstrekt. Een politierechter of een correctionele rechter heeft die bevoegdheid niet (Cass., 19 februari 1901, *Pas.*, 1902, I, 57, op conclusie van de eerste advocaat-generaal Van Schoor; Antwerpen, 27 mei 1977, *R.W.*, 1980-81, 925-928, met noot A. Vandeplas).

6. Bovendien is het zo dat de artt. 315, 316 en 317 Sv., die verband houden met het verhoor van getuigen voor het hof van assisen, ook andere beperkingen vermelden dan de artt. 153 en 190 Sv. Deze twee laatste artikelen bepalen dat getuigen enkel zullen worden gehoord «zo daartoe grond bestaat». Uit de bepalingen met betrekking tot het verhoor van getuigen voor het hof van assisen, meer bepaald uit art. 324 Sv., kan men afleiden dat de getuigen, mits zij op de in art. 315 Sv. vermelde lijst voorkomen, bij de debatten moeten worden gehoord (Sasserath, S., *La cour d'assises*, nr. 895, in *Nov., Procedure pénale*, II, p. 224). Dit verschil tussen het hof van assisen en alle andere rechtbanken is te verantwoorden vanuit het feit dat het bij het hof van assisen de jury is die moet oordelen over de schuld, terwijl anders de bevoegde rechter oordeelt over feit en recht. In die zin is het verantwoordbaar dat een getuige die op regelmatige wijze op de lijst van getuigen voorkomt, moet worden gehoord, terwijl deze verplichting elders niet bestaat (Sasserath, S., *o.c.*, nr. 895, pp. 224-225).

7. Volledigheidshalve dient ook de vraag beantwoord te worden of de partijen zich kunnen verzetten tegen het verhoor buiten eed van een getuige. Bij het uitoefenen van de discretionaire macht die de rechter krachtens art. 268 Sv. bezit, oordeelt hij op onaantastbare wijze of het verhoor van die getuige dienstig kan zijn om de waarheid aan het licht te brengen of de ontdekking ervan te bevorderen (Cass., 9 oktober 1967, *A.C.*, 1967, 201-202).

8. Behalve het getuigenverhoor van de ex-echtgenote van een van de beschuldigten, duikt in voorliggende casus ook het probleem op van de openbaarheid van de debatten. Ofschoon geen enkele tekst uitdrukkelijk voorschrijft dat de behandeling van de zaak voor het hof van assisen openbaar is, worden toch de algemene beginselen inzake de openbaarheid van de terechtzittingen toepasselijk geacht, zoals die bepaald worden in de artt. 96 en 97 Gw., 6, lid 1, E.V.R.M., 153 en 190 Sv. (respectievelijk voor de politierechtbanken en de correctionele rechtbanken) en 75 wet van 8 april 1965 (aanwezigheid van minderjarigen beneden de achttien jaar) (Declercq, R., *o.c.*, 63).

9. In dit geval vroeg de raadsman van de burgerlijke partij bij de ontruiming van de zaal of zijn cliënt niet mocht aanwezig blijven bij het verhoor van een getuige waarvoor precies de sluiting van de deuren werd bevolen. Het behoort tot het recht van verdediging dat de procespartijen zelf de kans moet worden geboden om de gehele procedure te volgen.

De motieven die het mogelijk maken dat de openbaarheid van de debatten aan restricties worden onderworpen, gelden

zonder enige twijfel ten aanzien van pers en publiek. Een procespartij de toegang tot de rechtszaal ontzeggen is, rekening houdende met de ratio legis van de openbaarheid van terechtzitting, een delictie aangelegenheid.

8. De vraag wanneer de openbaarheid een gevaar betekent voor de openbare orde en de goede zeden, is een feitenkwesie waarover het hof op onaantastbare wijze oordeelt, zonder dat de jury hierover geraadpleegd wordt (Sasserath, S., o.c., nr. 579-580, p. 178).

9. De advocaten die niet in de zaak optreden, mogen gewoonlijk in de zaal blijven maar de voorzitter heeft het recht hen te verzoeken de zaal te verlaten (Pand.B., «Avocat près les cours d'appel, nrs. 88-90, met een bespreking van de ophefmakende zaak Peltzer).

10. Het Hof van Cassatie argumenteert zijn beslissing door te stellen dat het bewuste getuigenis op de uitgesloten partij geen betrekking had. Het middel is niet ontvankelijk wegens het feit dat de eiser er geen belang bij heeft aan te voeren dat een burgerlijke partij niet in persoon tot de zitting met gesloten deuren werd toegelaten. Wanneer de eiser tot cassatie de burgerlijke partij zou zijn geweest, zou de beslissing van het hoogste rechtscollege er ongetwijfeld anders hebben uitgezien.

Het onnodig verhinderen van de openbaarheid van de terechtzitting impliceert meteen dat de grondwettelijke voorschriften waarborg voor een eerlijke en objectieve rechtspraak, geformuleerd in het beginsel de openbaarheid van de terechtzittingen, ter discussie wordt gesteld.

In een strafrechtelijke arena als het hof van assisen, waar recht gemaakt zou moeten worden door en voor het volk, laat zich meer dan elders de noodzaak tot een openbare behandeling voelen. Het belang van een publieke controle op de strafrechtspraak, hoe beperkt die dan ook mag zijn, mag zeker nooit onderschat worden.

Christoph D'Haese
Assistent Strafvordering K.U.Leuven

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 12 OKTOBER 1990

Voorzitter: de h. Caenepeel

Rapporteur: mevr. Baeté-Swinnen

Openbaar ministerie: de h. du Jardin

Advocaten: mrs. Houtekier en Verbist

**Koop – Onroerend goed – Eigendomsoverdracht –
Geen overschrijving – Gevolgen – Gemeenmaking
scheidsmuur**

Tussen partijen wordt de eigendomsoverdracht van een onroerend goed voltrokken door de enkele toestemming van de contractspartijen. De omstandigheid dat de akte niet is overgeschreven, geeft de verkoper niet het recht om het onroerend goed nogmaals te verkopen aan een derde. Aldus kan, met betrekking tot de gemeenmaking van een scheidsmuur, de eigenaar van de scheidsmuur die hierover met de eigenaar van het aanpalend goed gecontracteerd heeft, geen tweede maal de prijs van de gemeenmaking vorderen van diegenen aan wie de nabuur het aanpalend goed heeft verkocht.

W. t/ V. e.a.

Gelet op het bestreden vonnis, op 28 oktober 1988 door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen in hoger beroep gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 1654 van het Burgerlijk Wetboek, 1, 27, 1°, 28 en 30 van de Hypotheekwet van 16 december 1851, gewijzigd bij de wet van 8 juli 1924,

doordat het bestreden vonnis de vordering van eiser tegen de verweerders tot betaling van de som van 90.473 frank, vermeerderd met de gerechtelijke interesten op 440.473 frank tot 15 januari 1981 en op de som van 90.473 frank vanaf 15 januari 1981, niet-ontvankelijk verklaart, op grond: dat, waar er tussen eiser en de P.V.B.A. Bouwonderneming M. een overeenkomst bestond voor het feit van de overname van de scheidingsmuur, doch niet over de prijs, de eigendomsoverdracht inter partes zich situeert op 16 juli 1980; dat de eigendomsoverdracht niet werd overgeschreven op het hypotheekkantoor; dat het voorrecht waarover eiser luidens artikel 27, 1°, van de wet van 16 december 1851 beschikt, niet bewaard werd (artikel 30 van zelfde wet), aangezien de inschrijving van zijn voorrecht niet gevorderd werd vóór de overschrijving ten hypotheekkantoor van de diverse akten van eigendomsoverdracht; dat de rechtsvordering van artikel 1654 van het Burgerlijk Wetboek tot ontbinding van de koop niet kan worden ingesteld ten nadele van de onderverkrijger nadat het voorrecht bij artikel 27 verleend, tenietgegaan is of vervallen is (artikel 28 van de wet van 16 december 1851); dat eiser bijgevolg sedert 16 juli 1980 over een persoonlijke schuldvordering beschikt ten laste van de P.V.B.A. Bouwonderneming M.,

terwijl, eerste onderdeel, het voorrecht van de verkoper, op het verkochte onroerend goed, van de betaling van de prijs, pas ontstaat door de overschrijving van de titel waarbij de eigendom over dat onroerend goed is overgedragen; het bestreden vonnis ten onrechte beslist dat dit voorrecht van eiser niet bewaard werd; de akte van eigendomsoverdracht tussen eiser en de P.V.B.A. Bouwonderneming M. betreffende de scheidingsmuur immers niet overgeschreven werd op het hypotheekkantoor en het voorrecht van eiser op die muur dus nog niet ontstaan is; een recht niet kan worden bewaard vóór het ontstaat en zeker niet kan tenietgaan door een gebrek aan bewaring vóór zijn ontstaan (schending van artikel 30 van de wet van 16 december 1851); het bestreden vonnis dan ook ten onrechte beslist dat het voorrecht aan eiser verleend bij artikel 27 van de Hypotheekwet tenietgegaan of vervallen is, omdat het niet bewaard werd (schending van artikel 27, 1°, van de wet van 16 december 1851) en op grond daarvan eveneens ten onrechte beslist dat de rechtsvordering van artikel 1654 van het Burgerlijk Wetboek tot ontbinding van de koop niet kan worden ingesteld (schending van de artikelen 1654 van het Burgerlijk Wetboek en 28 van de wet van 16 december 1851);

tweede onderdeel, de akte van eigendomsoverdracht tussen eiser en de P.V.B.A. Bouwonderneming M. betreffende de scheidingsmuur, niet overgeschreven werd op het hypotheekkantoor, zodat men zich op die akte niet kon beroepen tegen derden; eerste tot en met zevende verweerder, die geen partij waren in die akte, zich als derden dan ook niet op die eigendomsoverdracht konden beroepen tegen eiser, zodat eiser, in ieder geval tegenover die derden, de uitsluitende eigenaar van die scheidingsmuur gebleven was en zo-

dat die derden zich zelf tegen eiser niet konden beroepen op de zakelijke rechten die zij over die muur als onderverkrijgers zouden hebben verworven van de P.V.B.A. Bouwonderneming M.; het bestreden vonnis dan ook ten onrechte beslist dat het voorrecht waarover eiser krachtens artikel 27, 1°, van de wet van 16 december 1851 beschikt, niet bewaard werd louter omdat de inschrijving van zijn voorrecht niet gevorderd werd vóór de overschrijving van de diverse akten van eigendomsoverdracht van de onderverkrijgers; deze laatsten zich immers niet konden beroepen op die akte tegen eiser bij gebrek aan overschrijving van de akte van eigendomsoverdracht tussen eiser en hun rechtsvoorganger, de P.V.B.A. Bouwonderneming M. (schending van de artikelen 27, 1°, en 30 van de wet van 16 december 1851) en de rechtsvordering tot ontbinding niet kan worden ingesteld ten nadele van de onderverkrijgers (schending van de artikelen 1654 van het Burgerlijk Wetboek en 28 van de wet van 16 december 1851);

derde onderdeel, eiser, als onbetaalde verkoper van de scheidsmuur, krachtens artikel 27, 1°, van de wet van 16 december 1851 beschikt over een voorrecht op die muur voor de betaling van de prijs; eiser, zolang hij over dit voorrecht beschikt, eveneens de ontbinding van de verkoop kan vorderen krachtens artikel 1654 van het Burgerlijk Wetboek; het verval van dit voorrecht kan worden ingeroepen door derden mits zij zakelijke rechten op hetzelfde onroerend goed verkregen hebben; eerste tot en met zevende verweerder als derden echter geen zakelijke rechten op de scheidsmuur verkregen hadden die aan eiser konden worden tegengeworpen; de akte van eigendomsoverdracht tussen eiser en de P.V.B.A. Bouwonderneming M. immers niet overgeschreven werd op het hypotheekkantoor; eerste tot en met zevende verweerder zich derhalve als derden niet tegen eiser konden beroepen op die eigendomsoverdracht en dus ook niet op zakelijke rechten die zij zelf over die muur van de P.V.B.A. Bouwonderneming M. zouden hebben verkregen (schending van artikel 1 van de wet van 16 december 1851); eerste tot en met zevende verweerder derhalve niet gerechtigd waren het verval van het voorrecht van eiser in te roepen en het bestreden vonnis dan ook ten onrechte beslist dat het voorrecht aan eiser verleend bij artikel 27 van de Hypotheekwet, tenietgegaan of vervallen is (schending van de artikelen 27, 1° en 3°, van de wet van 16 december 1851) en op grond daarvan eveneens ten onrechte beslist dat de rechtsvordering van artikel 1654 van het Burgerlijk Wetboek tot ontbinding van de koop niet ingesteld kan worden (schending van de artikelen 1654 van het Burgerlijk Wetboek en 28 van de wet van 16 december 1851):

Overwegende dat het bestreden vonnis de motivering van het beroepen vonnis overneemt; dat daaruit blijkt: (1) dat de P.V.B.A. Bouwonderneming M., met het oog op de oprichting van een appartementsgebouw tegen het eigenendom van eiser, de wens had uitgedrukt de scheidsmuur gemeen te maken en dat zij een voorschot had gestort: (2) dat zij bij vonnis van 18 februari 1982 veroordeeld werd tot betaling van het saldo van de prijs; (3) dat eiser, betogend dat de P.V.B.A. Bouwonderneming M. dat saldo niet betaalde en dat zij de appartementen verkocht had aan de verweerders sub 1 tot 7, deze laatsten dagvaardde tot betaling van het saldo; (4) dat de stelling van eiser was dat, aangezien de volledige overnameprijs niet voldaan was en de over-

schrijving van de overname niet geschied was op het hypotheekkantoor, hij nog steeds eigenaar was van de scheidsmuur en de P.V.B.A. Bouwonderneming M., niet in de mogelijkheid was om de mandeligheid over te dragen aan de verweerders sub 1 tot 7, huidige eigenaars van de appartementen; (5) dat het beroepen vonnis oordeelde dat er tussen eiser en de P.V.B.A. Bouwonderneming M. een consensus bestond over het feit van de overname, maar niet over de grootte van de prijs, zodat de overname het gevolg was van een vonnis, dat de eigendomsoverdracht «zich situeert» op de dag van de inleidende dagvaarding, zijnde 16 juli 1980, en dat daaruit volgt dat eiser niet meer over een zakelijk recht, maar enkel over een persoonlijk recht beschikt;

Overwegende dat de eerste rechter, en met hem de appelrechter, aldus beslissen dat eiser, nadat hij had ingestemd met de gemeenmaking van de scheidsmuur ten bate van de P.V.B.A. Bouwonderneming M., niet meer het recht had van de onderverkrijgers van de mandeligheid nogmaals betaling van de overnameprijs te eisen; dat het bestreden vonnis zulks beklemtoont door erop te wijzen dat «de eigendomsoverdracht zich situeert op 16 juli 1980» en dat eiser «sedert 16 juli 1980 over een persoonlijke schuldvordering beschikt ten laste van de P.V.B.A. Bouwonderneming M.»;

Overwegende dat de appelrechter zijn beslissing, die eisers vordering tegen de verweerders sub 1 tot 7 op de bovenvermelde gronden afwijst, naar recht verantwoordt;

Dat immers tussen partijen de overdracht van een onroerend goed voltrokken wordt door de enkele toestemming van de contracterende partijen; dat de omstandigheid dat een akte van overdracht dient te worden overgeschreven op het kantoor van bewaring der hypotheken van het arrondissement waar het goed gelegen is, en dat men zich tot dan toe niet kan beroepen op die akte tegen derden die zonder bedrog gecontracteerd hebben, de verkoper niet het recht geeft om vóór de overschrijving van de akte het onroerend goed aan een derde te verkopen; dat, met betrekking tot de gemeenmaking van een scheidsmuur, de eigenaar van de scheidsmuur die gecontracteerd heeft met de eigenaar van het aanpalende goed, geen tweede keer de prijs van de gemeenmaking kan eisen aan diegenen aan wie de oorspronkelijke eigenaar van het aanpalende goed het verkocht heeft;

Overwegende dat daaraan de bepalingen van de artikelen 1654 van het Burgerlijk Wetboek en 27, 1°, van de Hypotheekwet niet in de weg staan; dat de vordering van de eigenaar die een tweede keer betaling van de gemeenmaking van de scheidsmuur eist, immers niet strekt tot ontbinding van de overeenkomst noch tot uitoefening van een voorrecht bij samenloop van schuldeisers; dat de beschouwingen die het bestreden vonnis aan die bepalingen wijst, overbodig zijn wat de grond van de zaak betreft, zodat het middel, dat alleen tegen die beschouwingen opkomt, wegens gebrek aan belang, niet ontvankelijk is;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 22 OKTOBER 1990

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: mevr. Charlier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. Simont en Draps

Arbeidsongeval – Arbeidsweg – Normaal traject – Voortijdig vertrek

Inzake arbeidswegongevallen ontnemt het vervroegd vertrek van de werknemer uit zijn verblijfplaats om zich naar de arbeidsplaats te begeven, op zichzelf aan het afgelegde traject zijn normaal karakter niet.

O.M.O.B. t/ G.

Gelet op het bestreden arrest, op 21 juni 1989 door het Arbeidshof te Luik gewezen;

...

Overwegende dat het arrest de redenen opgeeft waarom verweerster haar vertrek heeft vervroegd: «1° om op maandag 29 april 1985 het traject af te leggen, diende zij om 5 uur 22 in Libramont een trein te nemen; 2° er bestaat geen openbaar vervoermiddel waarmee zij het traject van Dohan naar Libramont om 4 uur 30 kan afleggen; 3° zij heeft geen auto en wegens de slechte gezondheidstoestand van haar vader kan zij onmogelijk 's morgens zo vroeg vertrekken; 4° de weersgesteldheid was gedurende het weekeinde slecht»;

Dat het bovendien zegt dat «het voortijdig vertrek de risico's van het traject niet heeft verhoogd»;

Dat het daaruit afleidt dat dit voortijdig vertrek «wegens voormelde omstandigheden wettig is verantwoord en gelijkstaat met een dringende noodzakelijkheid»;

Dat het arbeidshof aldus heeft kunnen oordelen dat het feit, dat verweerster haar vertrek had vervroegd binnen de perken en onder de omstandigheden die het vermeldt, op zichzelf aan het afgelegde traject zijn normaal karakter niet had ontnomen en derhalve wettig beslist dat het ongeval dat aan verweerster op 28 april 1985 is overkomen, een ongeval op de weg naar en van het werk is, in de zin van de wet van 10 april 1971;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 25 OKTOBER 1990

Voorzitter: de h. Sace

Raadsheer-rapporteur: mevr. Charlier

Advocaat-generaal: mevr. Liekendael

Advocaten: mrs. Gérard en Verbist

1. Vennootschap – Gewone commanditaire vennootschap – Borgtocht – Aard verbintenis beherende vennoot – 2. Koopman en daden van koophandel – Bank – Vermoeden van commercialiteit

1. Wanneer een gewone commanditaire vennootschap zich borg heeft gesteld, geldt de beherende vennoot t.a.v. die verbintenis eveneens als borg. Het voorrecht van uitwinning kan hem niet worden ontnomen op grond dat hij met de vennootschap hoofdelijk gehouden is, wanneer niet vaststaat dat hij zich ook solidair met de hoofdschuldenaar heeft verbonden.

2. De regel dat de verbintenis van een bank een handelsverbintenis is, berust op een vermoeden dat door het tegenbewijs kan worden weerlegd.

D. t/ K.

Gelet op het bestreden arrest, op 22 juni 1988 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 1200, 1208, 2011, 2021, 2022, 2023, 2024 van het Burgerlijk Wetboek, 17, 18, 20 en 189 van de gecoördineerde wetten van 30 november 1935 betreffende de handelsvennootschappen;

doordat het hof van beroep, op de conclusie van eiser ten betoge dat hij het aan de borg bij artikel 2021 van het Burgerlijk Wetboek toegekende voorrecht van uitwinning aan verweerster kon tegenwerpen, dat verweerster niet heeft aangetoond dat zij ooit enige vordering tegen haar hoofdschuldenaar, de B.V.V.B. Van L. en C°, heeft ingesteld, en dat hij het recht om die exceptie op te werpen niet had verloren door het enkele feit dat de curators over het faillissement van de Bank Van L. tegen haar niet hadden aangevoerd, die conclusie verwerpt en beslist dat eiser, die als beherend vennoot van de Bank Van L. persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk was voor de verbintenis van de borgstelling van die vennootschap jegens de rechtsvoorganger van verweerster, zich niet kan beroepen op het voorrecht van uitwinning waarvan de failliete bank afstand heeft gedaan door tussenkomst van de curator, en die beslissing, zowel met verwijzing naar de redenen van de eerste rechter als om eigen redenen, hierop grondt, enerzijds «dat volgens de artikelen 2021 en 2022 van het Burgerlijk Wetboek, indien de borg door de schuldeiser in rechte wordt vervolgd, hij kan vorderen dat deze eerst de schuldenaar aanspreekt teneinde het hem verschuldigde te verkrijgen en zich pas dan tegen de borg keert als hij niet door middel van die uitvoering zijn schuldvordering kan innen; dat (verweerster), volgens wie alleen de borg – de Bank Van L. en C° – het voorrecht van uitwinning heeft, oordeelt dat (eiser) als beherend vennoot persoonlijk en niet als garant of borg aansprakelijk is voor de door de bank jegens haar op 22 augustus 1967 aangegane verbintenis; dat, hoewel het juist is dat de vennoten, en onder meer (eiser), persoonlijk en niet als borg van de vennootschap instaan voor de schulden van de vennootschap, te dezen die vennootschap zich niettemin borg heeft gesteld voor de B.V.B.A. Van L.; dat de Bank Van L. en C° zich derhalve op het voorrecht van uitwinning kon beroepen, toen (verweerster) na faillietverklaring van de bank haar schuldvordering in het passief van dat faillissement deed opnemen voor een bedrag van 14.607.078 frank, te weten het creditsaldo van de rekening nr. 99 van de B.V.B.A. Van L.; dat de Bank Van L. en C° het echter voor de Rechtbank van Koophandel te Brussel niet heeft opgeworpen, zodat die schuldvordering bij vonnis van 30 juni 1980 zonder enig voorbehoud in haar passief werd opgenomen; dat, nu de vennootschap aldus van het voorrecht van uitwinning afstand heeft gedaan, (eiser), als beherend vennoot, er zich

thans niet op kan beroepen», en anderzijds, dat eiser, «die niet de hoedanigheid van borg heeft, zich niet op het voorrecht van uitwinning kan beroepen», dat het immers voldoende is «dat een schuldenaar doet blijken van een door de vennootschap jegens hem aangegane verbintenis om de vennoten in rechte te kunnen vervolgen», dat «laatstgenoemden voor de schulden van de vennootschap niet als garant of borg moeten instaan, maar alsof het om hun eigen schulden gaat» en dat «nu de Bank Van L. en C°, die zich borg heeft gesteld voor de verbintenis tot terugbetaling van de B.V.B.A. Van L., door tussenkomst van de curator afstand heeft gedaan van het voorrecht van uitwinning, (eiser), die persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk is voor de door de vennootschap aangegane verbintenis, er zich thans jegens verweerster niet op kan beroepen»,

terwyl, ofschoon meestal wordt aangenomen dat de beherende vennoot persoonlijk en hoofdelijk voor de schulden van de vennootschap instaat, alsof het om zijn eigen schulden gaat, daaruit echter niet volgt dat, wanneer de vennootschap zich jegens een derde voor de verbintenissen van de hoofdschuldenaar borg heeft gesteld, zonder hoofdelijkheid met laatstgenoemde, en afstand heeft gedaan van een beroep tegen de schuldeiser van het voorrecht van uitwinning, de beherende vennoot, wanneer hij op zijn beurt in rechte wordt vervolgd, als hoofdelijke medeschuldenaar van de borg niet meer het recht heeft om van de schuldeiser de voorafgaande uitwinning te vorderen op de goederen van de hoofdschuldenaar; in zodanig geval immers de beherende vennoot hoofdelijk aansprakelijk is met de borg maar, zoals deze, zonder hoofdelijkheid met de hoofdschuldenaar en zich jegens de schuldeiser in dezelfde toestand bevindt alsof hij zich hoofdelijk met de vennootschap borg had gesteld voor de verbintenis van de hoofdschuldenaar; daaruit valt af te leiden dat de beherende vennoot jegens de schuldeiser, zoals de vennootschap, moet worden beschouwd als een gewone borg voor de verbintenis van de hoofdschuldenaar en dat hij tegen de schuldenaar het voorrecht van uitwinning kan opwerpen, zonder onderscheid te hoeven maken naargelang de vennootschap zich al dan niet beroepen heeft op dat voorrecht of daarvan afstand heeft gedaan; het arrest, doordat het om de voormelde redenen zegt dat eiser zich jegens verweerster niet kan beroepen op het voorrecht van uitwinning op de goederen van de B.V.B.A. Van L. en C°, omdat de Bank Van L. en C° in haar betrekkingen met verweerster daarvan afstand had gedaan, zijn beslissing dat de in het middel bedoelde conclusie van eiser wordt verworpen, niet naar recht verantwoordt:

...

Overwegende dat het arrest eiser het voorrecht van uitwinning weigert omdat hij «niet de hoedanigheid van borg heeft» en de beherende vennoten van een gewone commanditaire vennootschap «voor de betaling van de schulden van de vennootschap niet als garant of borg instaan, maar alsof het om hun eigen schulden gaat»;

Overwegende dat het arrest zodoende de verbintenissen van de beherende vennoot, wanneer de vennootschap zelf schuldenares is, verwart met die van dezelfde vennoot, wanneer de vennootschap zich voor een andere schuldenaar borg heeft gesteld;

Overwegende dat te dezen uit de vaststellingen van het hof van beroep volgt dat de hoofdschuldenaar een B.V.B.A.

was voor wie een bank, een gewone commanditaire vennootschap, zich borg had gesteld;

Dat het arrest derhalve niet naar recht kan beslissen dat eiser, een beherende vennoot, niet de hoedanigheid van borg had, en dus evenmin kan weigeren hem het voorrecht van uitwinning toe te kennen, zonder na te gaan of de bank en eiser, die beiden onderling hoofdelijk borg zijn, zich ook hoofdelijk met de schuldenaar hadden verbonden;

Overwegende dat de verbintenissen van een bank weliswaar in de regel handelsverbintenissen zijn en dat de borg wiens verbintenis van commerciële aard is, die dezelfde schuld als de hoofdschuldenaar moet betalen, hoofdelijk verbonden is, behoudens andersluidend beding;

Dat echter de regel volgens welke de verbintenis van een bank een handelsverbintenis is, op een vermoeden berust dat door het tegenbewijs kan worden weerlegd; dat te dezen uit de vermeldingen van het arrest niet met zekerheid valt af te leiden dat de verbintenis van de eenvoudige commanditaire vennootschap van commerciële aard was;

Dat het middel gegrond is;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

13e KAMER – 26 MAART 1990

Voorzitter: mevr. G. Bourgeois

Advocaten: mrs. J. Daelemans en G. Branders

Ambulante handel – Verkoop van stukgoed in stalletjes

Art. 8, 8°, van de wet van 13 augustus betreffende de uitoefening van de ambulante activiteiten doelt op de verkoop, met bestendig karakter, van stukgoed in stalletjes geïnstalleerd in een gelegenheid die ressorteert onder de distributiesector

V.Z.W. N. t/ B.V.B.A. R.

Overwegende dat appellante aanvoert dat geïntimeerde inbreuk pleegt op art. 2, § 2, b, 4°, en volgende van de wet van 13 augustus 1986 betreffende de uitoefening van de ambulante activiteiten door in V. en omliggende naamloze folders te verspreiden voor een verkoop van kleding van herfst en wintermode, bijzonder van kwaliteit en opvallend laaggeprijsd, in de feestzaal (...) van donderdag 24 november 10.30 u. tot zaterdag 26 november 1988;

Overwegende dat geïntimeerde opwerpt dat zij verkoopt met toepassing van art. 8, 8°, van dezelfde wet en aldus niet onderworpen is aan de bepalingen van de wet;

Overwegende dat art. 8, 8°, van de wet van 13 augustus 1986 een uitzondering invoert op het verbod geformuleerd in art. 2, § 4, van dezelfde wet; dat een verkoop speciaal aangekondigd gedurende drie dagen van kledingstukken in een frituur niet ressorteert onder de verkoop van stukgoed in stalletjes, d.w.z. de verkoop door een handelaar op een plaats gelegen binnen de lokalen van een andere handelaar gedurende de normale uren tijdens welke die lokalen geopend zijn; dat immers de uitzondering bepaald in art. 8, 8°, van de wet van 13 augustus 1986 toegelaten is in de distributiesector (supermarkten, groothandelsvestigingen); dat niet aanvaard kan worden dat deze uitzondering ook toege-

laten zou zijn in de horecasector; dat, daar art. 8, 8°, een uitzondering vormt, de begrippen van dit artikel beperkend geïnterpreteerd mogen worden zodat restaurants, frituren enz. uitgesloten worden van het begrip lokalen van een andere handelaar; dat, gelet op de driedaagse verkoop, er evenmin sprake is van normale uren, daar het begrip verwijst naar het bestendig karakter van geopend zijn en op het bestendig karakter van verkopen; dat het irrelevant is dat door appellante niet zou worden betwist dat het gaat om een «verkoop in stalletjes» in een feestzaal die aan een andere handelaar toebehoort;

Overwegende dat niet moet worden ingegaan op het aangeboden getuigenbewijs;

Overwegende dat de aangevochten verkoop strijdig is met art. 20, 4°, en 54 W.H.P. en met art. 2 van de wet van 13 augustus 1986; dat ten onrechte de bestreden beslissing het gevorderd stakingsverbod op grond van een dwangsom van 100.000 fr. per dag en per overtreding niet heeft bevolen;

...

NOOT – Verkoop van stukgoed in stalletjes

1. Net zoals in het nu opgeheven K.B. nr. 82 van 28 november 1939, heeft de wet van 13 augustus 1986 niet alleen het begrip ambulante activiteit met de daaraan verbonden vergunningsverplichting omschreven, tevens heeft die wet enerzijds een reeks activiteiten genoemd die niet als ambulante activiteit zijn aan te merken en anderzijds een lijst ingebouwd m.b.t. activiteiten die weliswaar als ambulante activiteiten dienen te worden beschouwd maar die desniettemin buiten de toepassing van de wet werden gehouden. Terloops zij geattendeerd op het feit dat beide lijsten gevoelig werden uitgebreid.

2. De tweede lijst komt voor in artikel 8, dat nu een 8° bevat dat niet aan de toepassing van de wet onderwerpt de verkoop van stukgoed in stalletjes, namelijk de verkoop door een handelaar op een plaats gelegen binnen de lokalen van een andere handelaar gedurende de normale uren tijdens welke die lokalen geopend zijn.

Deze bepaling resulteert uit een amendement voorgesteld door de hh. Verberckmoes, Desmaretts, Steverlynck, Barzin en Petitjean (*Gedr. St., Kamer*, 1981-82, nr. 246/7, p. 5). Enige toelichting m.b.t. het voorgestelde artikel 8, 8°, bleef achterwege, terwijl tijdens de bespreking in de bevoegde kamercommissie ter zake geen vraag werd gesteld (*ib.*, p. 19). Ook bij de behandeling in de Senaat kwam het niet tot enige verduidelijking (*Gedr. St., Senaat*, 1984-85, nr. 317/1-4).

3. Artikel 8, 8°, stelt drie voorwaarden: a) het moet gaan om stukgoed; b) de tekoopaanbieding moet gebeuren in stalletjes gelegen op een plaats binnen de lokalen van een andere handelaar; c) de tekoopaanbieding en de verkoop dient te gebeuren gedurende de normale openingsuren van de bedoelde lokalen.

Ad a. Stukgoed is geen juridisch begrip. Volgens Van Dale is stukgoed de benaming voor goederen die bij het stuk, d.w.z. per colli, ten vervoer worden aangegeven, in tegenstelling met goederen als graan, erts, hout enz. waarvan de hoeveelheid naar maat en gewicht wordt opgegeven. M.b.t. textiel is het de benaming voor alle gewezen manufacturen die als ellegoed worden verkocht.

De Franse tekst gewaagt van «vente à la tâche sur l'étal», een uitdrukking die in *Dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française* (P. Robert) niet voorkomt.

In het hier besproken geval gaat het om kledingstukken. Ook al heeft het Hof van Beroep te Antwerpen het niet met zoveel woorden gezegd, mag worden aangenomen dat het begrip «stukgoed» o.m. kledingstukken dekt.

Ad b. De tekoopaanbieding (en dus ook de verkoop) moet gebeuren in stalletjes gelegen op een plaats binnen de lokalen van een andere handelaar. Vrij apodictisch stelt het hof, in tegenstelling tot de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Turnhout, dat bedoeld worden de verkoopstalletjes geïnstalleerd in supermarkten, groothandelsvestigingen, kortom in de distributiesector, met uitsluiting van koffiehuisen, restaurants en andere tot de horecasector behorende gelegenheden. Vermoedelijk heeft het hof hier op het oog gehad de vaak in grootwarenhuizen voorkomende stalletjes. Vraag is of dit als overtuigend argument kan worden aangemerkt. Voorzeker dient, zoals het hof het onderstreept, elke uitzondering restrictief te worden geïnterpreteerd. Vraag blijft ten nadele van welke sector geldt de beperking?

Ad c. De verrichting dient te gebeuren gedurende de normale openingsuren van de bedoelde lokalen. Vrij verrassend interpreteert het hof deze voorwaarde in de zin van «bestendige» activiteit. M.i. wordt aldus in de wettekst een niet verantwoorde toevoeging aangebracht.

4. Uit het hier besproken arrest blijkt andermaal dat de wetgeving inzake ambulante activiteiten dringend aan preciseringen toe is. In door mij gepubliceerde beslissingen heb ik gewezen op het gemis aan omschrijving van wat de wetgever in artikel 2, § 3, e, bedoelt met «home-parties» (Antwerpen, 12 maart 1990, *D.C.C.R.*, nr. 9, 1990, 446, met noot P. De Vroede), welke betekenis moet worden gegeven aan tijdschriften voorkomend in artikel 8, 1° *R.W.*, 1989-90, 411, met noot P. De Vroede), terwijl in het K.B. van 11 augustus 1987 (*B.S.*, 20 november 1987) het begrip «brillemakersartikelen» eveneens voor uiteenlopende interpretaties vatbaar is (Voorz. Kh. Nijvel, 5 april 1990, *D.C.C.R.*, nr. 10, 1991, 537, met noot P. De Vroede).

Tijdens de voorbereiding van de wet werd – weliswaar om andere redenen – een nieuw en volledig herwerkt wetsontwerp aangekondigd (*Gedr. St., Senaat*, 1985-86, nr. 317/4, p. 4). Het is te hopen dat de wetgever van zijn nu vijf jaar oude belofte zeer spoedig werk zal maken.

Prof. P. De Vroede
V.U.B.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

7e KAMER – 7 NOVEMBER 1989

Voorzitter: de h. Verhaeghen

Openbaar ministerie: de h. Vandorpe

Afstamming – Erkenning – Overspelig kind a patre – Toestemming van de moeder in de erkenningsakte – Intrekking

Het feit dat de moeder in de loop van de procedure tot homologatie van de erkenning van een overspelig kind a patre haar

in de erkenningsakte gegeven toestemming intrekt, terwijl de echtgenote van de erkenner geen bezwaar heeft tegen de erkenning, kan de homologatie niet beletten (art. 319bis B.W.).

D. t/ D.

Verzoeker heeft bij akte voor de burgerlijke stand van 17 maart 1989 het kind J.D. erkend, terwijl de moeder van het kind, met name R.D., in die erkenning heeft toegestemd.

Aangezien het vaderschap over het kind niet vaststond (de moeder was en is ongehuwd) en het kind minderjarig was, moet de toestemming door de moeder worden gegeven, hetgeen is gebeurd (artikel 319, § 1 en 3, B.W.).

Ter zitting van 24 oktober 1989 heeft de wettige echtgenote van de erkenner verklaard geen bezwaar te hebben tegen die erkenning (artikel 319bis B.W.); er wordt dus niet beweerd, laat staan bewezen dat de erkenner de vader niet is, zodat de homologatie van de erkenningsakte moet worden uitgesproken.

Het feit dat mevrouw R.D., thans ter zitting van 24 oktober 1989 heeft «geweigerd» haar toestemming tot de erkenning te geven, kan geen afbreuk meer doen aan de in de erkenningsakte gegeven toestemming. Deze is – behoudens procedure tot nietigverklaring – definitief. Wil men insinueren dat artikel 319, § 3, in fine, van het Burgerlijk Wetboek toepasselijk is t.a.v. de te volgen procedure – quod non – dan kan ten overvloede zelfs worden aangestipt dat mevrouw R.D. zelf niet eens uitlegt waarom die weigering in het belang van het kind zou zijn.

NOOT – Zie in dit nummer de noot van GERLO, J., *De erkenning door een man, van een buitenhuwelijks kind, p. 1241 e.v.*

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

7e KAMER – 13 MAART 1990

Voorzitter: de h. Verhaeghen

Openbaar ministerie: de h. Vandorpe

Afstamming – Erkenning – Overspelig kind a matre – Na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding

Een man kan gemachtigd worden tot erkenning van een overspelig kind a matre, na het toestaan van de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding, als het geboren is meer dan 300 dagen na het begin van de feitelijke scheiding, ook al ligt de begindatum vóór de in het echtscheidingsvonnis vermelde begindatum (art. 320, 4°, B.W.).

T. t/ D.

Gezien het voorafgaand verzoekschrift en de erbijgevoegde stukken, neergelegd ter griffie van deze rechtbank op 21 november 1989;

Gehoord mevrouw T.G., moeder van de kinderen die verzoeker wenst te erkennen, die ter zitting van 16 januari 1990 verklaarde geen bezwaar te hebben tegen de erkenning van haar kinderen Philip en Dirk D. door verzoeker;

E.D., gewezen echtgenoot van T.G., hoewel regelmatig opgeroepen, verscheen niet, noch iemand voor hem;

Verzoeker, die ter zitting verklaarde ongehuwd te zijn, wenst de twee kinderen van de vrouw met wie hij een feitelijk gezin vormt, en die respectievelijk geboren zijn op 19 september 1963 en 13 maart 1966, te erkennen.

Mevrouw T.G. en E.D. zijn uit de echt gescheiden, ingevolge vonnis van 18 juni 1976, met toepassing van artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek (feitelijke scheiding).

In het vonnis ter zake is aangaande de zogenaamde «duurzame ontwrichting» gezegd dat uit de stukken bleek dat partijen «minstens sinds 16 maart 1963» feitelijk gescheiden leefden. Voormelde kinderen zijn nog geboren tijdens het huwelijk, doch na voormelde datum. Dirk D. is weliswaar geboren op 19 september 1963, dus minder dan 300 dagen na 16 maart 1963, maar uit alle stukken die verzoeker overlegt, is duidelijk dat de ex-echtgenoten in feite reeds sinds (eind) augustus 1958 feitelijk gescheiden waren én sindsdien niet meer herenigd zijn geweest. Deze feitelijke vaststelling in het kader van artikel 320, 4°, van het Burgerlijk Wetboek is helemaal niet in tegenspraak met de vermelding in het vonnis van echtscheiding, aangaande de datum van de ontwrichting van het huwelijk, aangezien aldaar expliciet de correcte toetsing van de feitenrechter in een geding betreffende de afstamming is opengelaten (door het gebruiken van de term «minstens».

Een dergelijk vonnis zou trouwens alleen gezag van gewijsde kunnen hebben op feitelijke vaststellingen die «noodzakelijke dragers» zijn van het dictum, namelijk van de vaststelling dat de feitelijke scheiding de wettelijk vereiste termijn heeft geduurd en de echtscheiding dus kon worden uitgesproken.

Bijgevolg zijn beide kinderen geboren binnen de periode geviséerd in artikel 320, 4°, van het Burgerlijk Wetboek en kan het verzoek ten aanzien van beide kinderen ingewilligd worden, nu ook gebleken is dat er geen huwelijksbeletsel volgt ingevolge de artikelen 161 en 162 van het Burgerlijk Wetboek tussen verzoeker en de moeder.

Er mag in die omstandigheden aanvaard worden dat de voorwaarden gesteld door artikel 320, 4°, van het Burgerlijk Wetboek vervuld zijn, zodat het verzoek kan worden ingewilligd in die zin dat verzoeker kan gemachtigd worden de kinderen te erkennen welke T.G. respectievelijk ter wereld bracht op 19 september 1963 en 13 maart 1966.

NOOT – Zie in dit nummer de noot van GERLO, J., *De erkenning door een man, van een buitenhuwelijks kind, p. 1241 e.v.*

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

7e KAMER – 10 APRIL 1990

Voorzitter: de h. Verhaeghen

Openbaar ministerie: de h. Vandorpe

Advocaat: mr. Persyn

Afstamming – Erkenning – Toestemming van de moeder – Weigering

Wanneer de moeder weigert toe te stemmen in de erkenning van haar kind op grond van redenen die ingegeven zijn door

haar eigen belang en niet door het belang van het kind, moet de rechtbank ambtshalve toestemming tot erkenning verlenen (art. 319 B.W.).

D. t/ H.

1. Het vaderschap van de echtgenoot van de moeder over het kind N. werd bij vonnis van 23 september 1988 ontkend. Dit vonnis is definitief en is overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand.

De zaak van de toestemming tot erkenning werd aanhangig gemaakt bij toepassing van artikel 319, § 3, van het Burgerlijk Wetboek bij het vredegericht van de woonplaats van het kind N. en werd naar hier verwezen bij gebrek van toestemming die volgens artikel 319, §§ 1 en 3, van het Burgerlijk Wetboek door de moeder moest worden gegeven.

Voormelde moeder betwist het vaderschap van verzoeker niet (zie haar conclusie) doch weigert de toestemming zich beroepende op «het belang van het kind». Om dit te staven verwijst zij naar de omstandigheid dat de relatie met de vader kortstondig en turbulent is geweest en dat hij sinds de feitelijke scheiding weer een nieuwe relatie heeft opgebouwd met een derde en er alleen op uit is om door zijn vraag tot erkenning de moeder te treffen.

2. Ter zake moet worden benadrukt dat de strijdigheid van een erkenning met «de belangen van het kind» een echte uitzonderingssituatie is en alleen mag worden aanvaard in gevallen waarin de aangevoerde elementen die strijdigheid effectief bewijzen (A. Heyvaert, «De afstamming van vaderszijde buiten huwelijk», *Het nieuw afstammingsrecht*, uitgave K.U.L./ studiedag 13 maart 1987, p. 11).

Het is niet omdat verzoeker en mevrouw H. na een lange (of minder lange) periode van (al of niet ononderbroken) samenleven weer uit elkaar gegaan zijn en dat hun relatie al eens tot slaande ruzie heeft geleid (met veroordeling van verzoeker door de strafrechter) dat daaruit zo maar moet worden afgeleid dat er storende elementen aanwezig zouden zijn in de relatie vader/kind.

Verweerster ontkent niet dat verzoeker regelmatige contacten heeft met het kind, maar benadrukt de persoonlijke moeilijkheden met verzoeker. Deze moeilijkheden zijn in de gegeven omstandigheden niet alleen sterk te relativiseren, maar hebben in casu geen enkel impact op de juridische bekrachtiging van een biologische band.

Ten slotte is op te merken dat de weigering van mevrouw H. veeleer is ingegeven door «haar eigen belang», nu uit haar laatste conclusie van 12 maart 1990 mag worden afgeleid dat haar houding deels ingegeven is door de vrees (al of niet terecht) dat verzoeker een nieuwe gezinssituatie creëert en later misschien zijn kind naar dit milieu zal willen overbrengen. Het spreekt vanzelf dat het ter zake artikel 374 van het Burgerlijk Wetboek is dat van toepassing zal zijn; de discussie die mogelijks binnen dit kader kan ontstaan heeft niets gemeen met de vraag naar het belang inzake de erkenning.

3. De weigering van de moeder is dus niet terecht, zodat ambtshalve toestemming moet gegeven worden namens het minderjarig kind. Mevrouw H. zal in de gegeven omstandigheden veroordeeld moeten worden in de gedingskosten.

NOOT – Zie in dit nummer de noot van GERLO, J., *De erkenning door een man, van een buitenhuwelijks kind*, p. 1241 e.v.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

7e KAMER – 26 JUNI 1990

Voorzitter: de h. Verhaeghen

Openbaar ministerie: de h. Vandenborgh

Afstamming – Overspelig kind a matre – Erkenning vóór de geboorte

Ontvankelijk is het verzoek tot machtiging om een nog niet geboren overspelig kind a matre te erkennen.

Het is evenwel ongegrond als blijkt dat het kind vermoedelijk minder dan 300 dagen na de eerste verschijning in het kader van de procedure van echtscheiding door onderlinge toestemming tussen de moeder en haar echtgenoot geboren zal worden (art. 320 B.W.).

X. t/ J.

Ter zake betreft het een vraag tot machtiging tot erkenning van het kind waarvan C.J. zal bevallen (vermoedelijk rond 6 augustus 1990), welk kind blijkbaar geen bezit van staat zal hebben t.a.v. de echtgenoot van de moeder.

Daar de eerste verschijning voor de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge, in het kader van de echtscheidingsprocedure door onderlinge toestemming tussen de moeder en de echtgenoot, dateert van 30 maart 1990, zal zeker geen toepassing kunnen worden gemaakt van artikel 320, 2°, van het Burgerlijk Wetboek.

Verzoeker verwijst ten onrechte naar rechtsleer die stelt dat de limitatieve opsomming van de gevallen in artikel 320 B.W. een miskenning zou inhouden in onze wetgeving van de rechten en vrijheden bepaald in de artikelen 8 en 14 E.V.R.M., doordat hier in concreto de interne wet niet toestaat de reële feitelijke scheidingsdatum in overweging te nemen. Feit is immers dat het machtigingsvereiste beoogt de rechten en vrijheden – erkend in het E.V.R.M. – te verzoenen met het recht op eerbiediging van het familieleven. Aldus werd reeds onder de oude afstammingswetgeving het machtigingsvereiste aanvaard als geen afbreuk doende aan deze rechten. Ook toen voorzorg art. 331 (oud) van het Burgerlijk Wetboek slechts in limitatief beperkte gevallen (Cass., 3 oktober 1983, *R.W.*, 1983-84, 1972; Cass., 10 mei 1985, *R.W.*, 1985-86, 1848). De argumenten die toen golden, gelden nu nog evenzeer (zie J. Gerlo, «De afstamming van moederszijde en vaderszijde» in G. Baletman, *Afstamming en adoptie*, p. 98, voetnoot nr. 39 in fine).

De rechtbank kan dus geen andere gevallen toevoegen aan de limitatief beperkte mogelijkheden van artikel 320 van het Burgerlijk Wetboek, zodat geen machtiging kan worden verleend.

NOOT – *De erkenning, door een man, van een buitenhuwelijks kind*

1. De vier hierboven gepubliceerde beschikkingen van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge bieden een goed overzicht van de problemen die zich kunnen voordoen in geval van erkenning van een buitenhuwelijks kind door een man.

De materie wordt beheerst door de artikelen 319, 319bis en 320 B.W., waar drie vormen van erkenning onderscheiden worden: a) de erkenning door een ongehuwd man van het buitenhuwelijks kind van een ongehuwde vrouw (art. 319 B.W.); b) de erkenning door een gehuwd man van het buitenhuwelijks kind van een ongehuwde vrouw (overspelig kind a patre) (art. 319bis B.W.); c) de erkenning door een ongehuwd man van het buitenhuwelijks kind van een gehuwde vrouw (overspelig kind a matre) (art. 320 B.W.).

In geval b is zowel art. 319 B.W. als art. 319bis B.W. van toepassing, in geval c is zowel art. 319 B.W. als art. 320 B.W. van toepassing.

Een geval d is mogelijk: de erkenning door een gehuwd man van het buitenhuwelijks kind van een (niet met hem) gehuwde vrouw (a patre én a matre overspelig kind). In dit geval zijn de artikelen 319, 319bis en 320 B.W. alle drie cumulatief van toepassing.

2. In de gevallen a en b bepaalt de wet uitdrukkelijk dat de gerechtelijke procedure aanvangt met een verzoekschrift, voor de vrederechter in geval a, voor de rechtbank van eerste aanleg in geval b. In geval a gaat de *eventuele* gerechtelijke procedure (in geval van toestemmingsweigering van moeder en/of minderjarig kind) de erkenningsakte vooraf.

In geval b volgt de *noodzakelijke* gerechtelijke procedure de erkenningsakte.

In geval c is de wetgever vergeten specifieke procedure-regels uit te werken. Artikel 320 B.W. bepaalt alleen dat het kind met machtiging van de rechtbank van eerste aanleg kan worden erkend.

De rechtbank te Brugge laat toe dat de procedure bij verzoekschrift wordt ingeleid, en beslist, na de overspelige moeder te hebben gehoord en de bedrogen echtgenoot te hebben opgeroepen, naar analogie van de procedureregels van de oude artt. 331-335 B.W. o.i. terecht: de artikelen 332, 332bis en *ter* B.W. betreffen alleen contradictoire rechtsvorderingen tot inroeping of betwisting van staat die ofwel door het kind en ieder van zijn ouders ofwel door ieder niet louter vermogensrechtelijke belanghebbende kunnen worden ingesteld, wijl de vrijwillige erkenning alleen van de erkenner kan uitgaan. Het machtigingsverzoek hoeft dus niet bij dagvaarding te worden ingeleid (anders: Van den Berghen, A., «De rechtspleging bij de procedure inzake machtiging tot erkenning van een overspelig kind a matre», noot onder Rb. Turnhout, 28 april 1988, *R.W.*, 1990-91, 334; zie de verwijzingen aldaar).

I. Artikel 319 B.W.

3. In zijn beschikking van 10 april 1990 verklaart de rechtbank te Brugge de weigering van de moeder om toe te stemmen in de erkenning van haar minderjarig (- 15 j.) kind onterecht en verleent ambtshalve toestemming tot erkenning «namens het minderjarig kind» (dit laatste lijkt ons zowel overbodig als onjuist).

Wanneer de rechtbank van eerste aanleg, na een mislukte verzoeningspoging voor de vrederechter, door deze laatste wordt geadieerd in het kader van art. 319 B.W.; kan zij twee zaken doen:

a) Zij moet het verzoek afwijzen indien het bewijs wordt geleverd dat de verzoeker niet de vader is; dit bewijs kan, met alle middelen rechtens, worden geleverd door de moeder of het kind tussen 15 en 18 jaar; andere belanghebbenden, ook het openbaar ministerie, kunnen de erkenning

slechts a posteriori betwisten in het kader van een procedure op grond van art. 330 B.W. In casu wordt het vaderschap van de erkenner niet betwist.

b) Zij beslist, met inachtneming van de belangen van het kind, of de erkenning kan plaatshebben, zo het vaderschap van de erkenner niet wordt betwist of, na betwisting, vaststaat. In casu beschouwt de rechtbank de erkenning niet als strijdig met het belang van het kind: het is niet omdat moeder en verzoeker na een periode van samenleven weer uit elkaar zijn gegaan en dat hun relatie al eens tot slaande ruzie heeft geleid dat er storende elementen aanwezig zouden zijn in de relatie vader/kind. Terecht voegt de rechtbank eraan toe dat het belang van het kind bij een erkenning (in beginsel heeft een kind er belang bij een moeder én een vader te hebben) niets gemeen heeft met het belang van het kind in een geding omtrent de hoede voor de jeugdrechtbank in het kader van art. 374 B.W.: de vrees van de moeder dat verzoeker van plan is het kind in zijn nieuwe gezin op te voeden, kan alleen daar aan bod komen.

4. Naar aanleiding van een prejudiciële vraag, bij vonnis van 4 april 1990 door de rechtbank van eerste aanleg te Bergen gesteld (*J.L. M.B.*, 1990, 896, noot Panier C.), heeft het Arbitragehof bij arrest van 21 december 1990 beslist dat artikel 319, § 3, B.W., door de ontvankelijkheid van de erkenning van een minderjarig, niet ontvoogd kind door de man wiens vaderschap niet is betwist afhankelijk te stellen van de voorafgaande toestemming van de moeder, de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet schendt: zowel het beginsel van de gelijkheid van man en vrouw, vader en moeder, als het beginsel van de gelijkheid van huwelijks- en buitenhuwelijks- kinderen worden erdoor geschonden, zonder redelijke verantwoording; het gekozen middel is in ieder geval onevenredig met het nagestreefde doel (het vermijden van leugenachtige erkenningen, te late erkenningen of erkenningen na verkachting).

5. De vraag mag gesteld worden of ook art. 319, § 2, B.W., dat een vetorecht toekent aan het buitenhuwelijks meerderjarig of ontvoogd kind, en art. 319, § 3, B.W., in zoverre het de toestemming vereist van het minderjarig kind dat de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt, niet strijdig zijn met de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet.

Ook al heeft het Arbitragehof zich over deze vraag nog niet hoeven uit te spreken, een bevestigend antwoord laat weinig twijfel, gelet op de motieven van het arrest van 21 december 1990.

II. Artikel 319bis B.W.

6. In zijn beschikking van 7 november 1989 homologeert de rechtbank te Brugge de akte waarin een gehuwde vader een kind erkent dat verwekt is bij een andere vrouw dan zijn echtgenote.

De echtgenote werd, zoals het hoort (art. 319bis, § 1, in fine), in het geding geroepen, maar verklaarde geen bezwaar tegen de erkenning te hebben.

Het verzoek tot homologatie *moet* ingewilligd worden, aangezien niet bewezen wordt dat de erkenner niet de vader is, zoals het zou moeten worden afgewezen indien bewezen zou zijn dat de erkenner niet de vader is.

Het feit dat de moeder ter zitting weigert haar toestemming tot erkenning te geven, hoewel zij haar toestemming, overeenkomstig art. 319 B.W. vooraf in de erkenningsakte verleende, is irrelevant.

Allereerst moest de moeder van het kind niet betrokken worden in de procedure van art. 319bis B.W. (anders: Heyvaert, A., «Art. 319bis-3», in *Personen- en familierecht, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, uitg. Kluwer rechtsw.).

En zelfs al zou men met Heyvaert aannemen dat art. 322ter van toepassing is op de homologatieverzoeken, zodat de homologatie niet alleen kan worden verzocht door de erkenner, maar ook door moeder en kind en dat dezen steeds in het geding moeten worden geroepen, dan nog zou tevens aangenomen moeten worden dat een in de akte van erkenning gegeven toestemming niet rechtsgeldig kan worden ingetrokken na het opmaken van die akte van erkenning: terwijl de intrekking van de toestemming van de oorspronkelijke ouder in de procedure tot homologatie van een adoptieakte een feitelijk element is waarmee de homologatierechter in het belang van het kind kan rekening houden (Cass., 18 juni 1981, *R.W.*, 1981-82, 1970, noot Pauwels, J.), speelt het belang van het kind geen enkele rol in de procedure tot homologatie van een erkenningsakte.

7. Ook in verband met de homologatieprocedure van de erkenning van een a patre overspelig kind kan de vraag gesteld worden of ze niet strijdig is met de artikelen 8 en 14 E.V.R.M. (in die zin Heyvaert, A., o.c., «Art. 319bis-8», en de verwijzingen aldaar) en de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet: de gehuwde man die een kind erkent, wordt gediscrimineerd t.o.v. de gehuwde vrouw die een kind erkent; overspelige kinderen worden ongelijk behandeld naargelang hun overspelige vader al of niet gehuwd is op het ogenblik van de erkenning.

III. Artikel 320 B.W.

8. In vier welbepaalde gevallen kan een kind dat geen bezit van staat heeft t.o.v. zijn wettelijke vader, de echtgenoot van de moeder, met machtiging van de rechtbank van eerste aanleg, erkend worden door een andere man dan die echtgenoot, met als gevolg dat het vaderschap van die echtgenoot automatisch vervalt. Eén van die gevallen is het geval dat het kind geboren is meer dan driehonderd dagen na het tijdstip waarop de feitelijke scheiding van aanvang heeft genomen, wanneer de echtscheiding is toegestaan op grond van feitelijke scheiding (art. 320, 4°, B.W.). De rechtbank te Brugge interpreteert art. 320, 4°, B.W. in zijn beschikking van 13 maart 1990 ruim.

In het vonnis dat de echtscheiding toestond, was bepaald dat de echtgenoten «minstens sinds 16 maart 1963» feitelijk gescheiden leefden (de toevoeging «minstens» lijkt ons irrelevant).

De rechtbank die uitspraak doet over het machtigingsverzoek stelt, aan de hand van stukken, echter vast dat de echtgenoten in feite sinds augustus 1958 feitelijk gescheiden leefden, en verleent machtiging tot erkenning van een kind geboren op 19 september 1963, dus minder dan 300 dagen na 16 maart 1963.

Volgens de rechtbank te Brugge is de rechter die uitspraak doet in een afstammingszaak, niet gebonden door de datum die als aanvang van de feitelijke scheiding in het dictum van het echtscheidingsvonnis verplicht dient te worden vermeld (art. 1269, tweede lid, Ger. W.).

Deze interpretatie gaat in ieder geval niet in tegen de tekst zelf van art. 320, 4°, B.W. en art. 1269, tweede lid, Ger. W., ook al wordt in art. 320, 2° en 3°, B.W. uitgegaan

van vaste, door de rechter vastgestelde scheidingsdata (ook al dateert de scheiding, in feite, van lang voordien).

De ruime, door de wetteksten niet tegengesproken, interpretatie van de rechtbank te Brugge moet verdedigd worden.

De vraag kan zelfs gesteld worden of er geen niet te verantwoorden discriminatie ligt in het feit dat het kind geboren meer dan 300 dagen na de aanvang van de feitelijke scheiding kan worden erkend indien de echtscheiding wordt toegestaan op grond van vijfjarige feitelijke scheiding, terwijl hetzelfde kind niet kan worden erkend in geval van echtscheiding op grond van bepaalde feiten of door onderlinge toestemming (Heyvaert, A., o.c., «Art. 320-9»).

9. In ieder geval is het machtigingsvereiste zelf niet strijdig met de artt. 8 en 14 E.V.R.M. (Cass., 3 oktober 1983, *R.W.*, 1983-84, 1972): zij beoogt het recht op eerbiediging van het familieleven, zowel voor de huwelijkse als voor de buitenhuwelijkse familie, te verzoenen met andere door het verdrag erkende rechten en vrijheden; de tussenkomst van de rechtbank is vereist omdat het kind ingevolge de erkenning zijn wettige vader verliest: de rechtbank hoeft in het kader van art. 320 B.W. noch de opportuniteit van de erkenning, noch de realiteit van het vaderschap van de erkenner te onderzoeken, zij moet alleen nagaan of het vaderschap van de echtgenoot niet bevestigd wordt door bezit van staat en of een van de vier termijnvoorwaarden van art. 320 B.W. vervuld is.

10. In zijn vonnis van 26 juni 1990 verklaart de rechtbank te Brugge het verzoekschrift tot machtiging tot erkenning van een nog niet geboren kind ontvankelijk; zij wijst het verzoek evenwel af als ongegrond omdat het kind, dat allicht geen bezit van staat zal hebben t.a.v. de echtgenoot van de moeder, vermoedelijk geboren zal worden rond 6 augustus 1990, terwijl de eerste verschijning in het kader van hun echtscheiding door onderlinge toestemming slechts dateert van 30 maart 1990.

De vraag of een vóór de geboorte ingediend verzoek ontvankelijk is, is omstreken. Zij moet o.i., zoals vroeger, positief beantwoord worden: aangezien een kind vóór de geboorte erkend kan worden (art. 328, tweede lid, B.W.), moet men ook vóór de geboorte machtiging kunnen vragen om dit kind te erkennen (in die zin: Luik, 21 maart 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 612; Rb. Doornik, 18 april 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 121; Rb. Brussel, 21 oktober 1987, *J.T.*, 1988, 160; Sosson, J., «Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 réformant le droit de la filiation», *J.T.*, 1990, 303-304); fundamenteel blijft het een vrijwillige rechtshandeling.

Ten onrechte wordt door sommigen art. 331bis B.W. hier toepasselijk geacht: rechtsovereenkomsten met betrekking tot de afstamming zijn niet ontvankelijk indien het kind niet levensvatbaar geboren is (in die zin: Heyvaert, A., o.c., «Art. 320-6»; Rb. Dinant, 27 oktober 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 124). Een verzoek tot machtiging tot erkenning is geen «vordering met betrekking tot de afstamming» in de zin van de artikelen 331 e.v. B.W.; de erkenning wordt voordien behandeld, o.m. in de artikelen 319 tot 321 en 327 tot 330 B.W.

J. Gerlo

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 4 januari 1991

Inkomstenbelastingen – Aanslagprocedure – Bewijsvoering – Tekenen en indicïen – Bewijslast

«Overwegende dat het arrest (Hof Gent, 18 april 1989) als tekenen en indicïen aanmerkt de door het bestuur aangevoerde gegevens, met name de verhoging van eisers banktegoeden, zijn beleggingen, de aankoop van een wagen en de verhoging van zijn goederenvoorraad;

«Overwegende dat het hof van beroep op onaantastbare wijze de bewijswaarde beoordeelt van de feitelijke gegevens die het bestuur aanvoert als tekenen en indicïen waaruit een hogere graad van gegoedheid blijkt dan uit de aangegeven inkomsten;

«Dat het middel de door het arrest in aanmerking genomen gegevens als 'vermogensaccres' betitelt, en stelt dat zo'n accres geen teken en indicie in de zin van artikel 247 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen kan uitmaken; dat het aldus opkomt tegen de onaantastbare beoordeling van de feitenrechters, en derhalve in zoverre niet ontvanke-lijk is;

«Overwegende dat, krachtens artikel 247 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, de uitgaven, bestedingen, investeringen en toenamen van vermogen vastgesteld tijdens een belastbaar tijdperk, die zijn aangemerkt als tekenen en indicïen waaruit een hogere graad van gegoedheid blijkt dan uit de aangegeven inkomsten, geacht worden, behoudens tegenbewijs door de belastingplichtige, voort te komen uit belastbare inkomsten, dit is uit bedrijfsinkomsten verkregen tijdens het belastbare tijdperk;

«Dat het middel faalt naar recht in zoverre het stelt dat, met toepassing van voormeld artikel 247, het bestuur behoort te bewijzen dat de vermogenstoestand van de belastingplichtige, zoals die bij de aanvang van het belastbare tijdperk bestond, de tijdens dat tijdperk vastgestelde uitgaven, bestedingen en vermogenstoename niet mogelijk maakte.»

(Voorzitter: de h. Caenepeel – Rapporteur: de h. Rauws – Openbaar ministerie: de h. Declercq – Advocaat: mr. Delafontaine – In de zaak: F. t/ Belgische Staat)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 4 januari 1991

Vennootschap – Inkomstenbelastingen – Vrijstelling van belastbare vennootschapswinst bij kapitaalverhoging – Vaststelling dat niet alle gevolgen van de verrichte verhoging gewild zijn – Simulatie

Krachtens art. 1 van de wet van 29 november 1977 tot invoering van tijdelijke fiscale ontheffingen om de privé-investeringen te bevorderen voor vennootschappen die in de periode van 1 maart 1977 tot 31 december 1977 hun kapitaal verhogen, werden de inkomsten uitgekeerd aan aandelen of aan deelbewijzen van belegde kapitalen die inbreng in geld met het oog op die verrichtingen tegenwoordigen, van de in de vennootschapsbelasting belastbare vennootschapswinst uitgesloten onder de voorwaarden in dat wetsartikel bepaald.

Het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 9 mei 1989) weigert toepassing te maken van die bepaling, op grond dat de eiseressen niet alle gevolgen van de beweerde kapitaalverhogingen aanvaard hebben en de beweerde inbrengen geen werkelijke inbrengen waren. Daartegen voeren de eiseressen aan dat het arrest de begrippen inbreng in een vennootschap en kapitaalverhoging schendt.

«Overwegende dat het inbrengen van een vermogensbestanddeel in een handelsvennootschap inhoudt dat dit bestanddeel ter beschikking wordt gesteld van de vennootschap ter verwezenlijking van haar doel, zodat het, als deel van het maatschappelijk kapitaal, principieel in de vennootschap behoort te blijven om er te participeren in de risico's van de onderneming en mede te strekken tot waarborg van de schuldeisers;

«Overwegende dat het arrest te dezen vaststelt: dat, door middel van één enkele telefonische bankopdracht, een gesloten geldcircuit werd opgezet, erin bestaande dat een som van 200 miljoen frank 'een tiendaagse ronde van België' deed in de vorm van elkaar opvolgende kapitaalverhogingen bij de eiseressen, die, via de N.V. H., onderling verbonden dochter- en zustervennootschappen zijn; dat die som, die eerst bij de N.V. H., eiseres sub 4, en vervolgens in cascade bij de drie overige eiseressen werd ingebracht, slechts efe-meer op de bankrekening van elk van hen is verschenen, en deze in werkelijkheid niet over de bedoelde som hebben kunnen beschikken, daar ze, eveneens binnen de voormelde tijdsspanne van tien dagen, naar de Nederlandse B.V. I., nog een dochtervennootschap van de N.V. H., werd getransfereerd, in de vorm van een lening toegestaan door eiseres sub 1, de N.V. P.;

«Dat het arrest onder meer uit die feitelijke gegevens afleidt dat bij geen van de bij de hiervoren uiteengezette operatie betrokken partijen ooit de wil heeft voorgezetten om de in de elkaar opvolgende kapitaalverhogingen inge-brachte som van 200 miljoen frank werkelijk en blijvend ter beschikking te stellen van de onderscheiden vennootschappen, en dat zij van de aanvang af hadden beslist over de aanwending ervan, namelijk dat het geld onverwijld moest terugkeren nadat het gedurende een welbepaalde korte periode van de bankrekening van de ene maatschappij naar de andere was getransfereerd om de schijn te wekken van successieve inbrengen;

«Dat het arrest reeds op grond van die vaststellingen de beslissing dat de eiseressen niet alle gevolgen van de door hen formeel verrichte inbrengen en kapitaalverhogingen hebben aanvaard en die inbrengen en verhogingen dus gesimuleerd waren, naar recht verantwoordt.»

(Voorzitter: de h. Caenepeel – Rapporteur: de h. Rauws – Openbaar ministerie: de h. Declercq – Advocaten: mrs. Verbist, Tournicourt en Claeyss Bouuaert – In de zaak: N.V. P. e.a. t/ Belgische Staat)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 10 januari 1991

Pacht – Door de pachter gekocht onroerend goed – Her-veiling en toewijzing aan derde – Gevolg – Ontbinding van eerste toewijzing – Pachtovereenkomst treedt opnieuw in werking

Bij de openbare verkoop van een onroerend goed was dit aan eiser, die het pachtte, als hoogste bieder toegewezen. Het goed werd echter herveild en toegewezen aan verweerder, die vervolgens eisers uitdrijving vorderde. Het bestreden vonnis (Rb. Aarlen, 11 april 1989) oordeelt dat eiser, toen het goed hem toegewezen werd, de hoedanigheid van pachter verloor en ze later, na de herveiling, niet meer had. Het vonnis wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat artikel 1606 van het Gerechtelijk Wetboek impliceert dat de verkoop na herveiling de ontbinding van de eerste toewijzing teweegbrengt;

«Dat derhalve de pachtovereenkomst waarvan de gevolgen door de uitoefening van het recht van voorkoop van de pachter, gebrekkige koper, zijn geschorst, opnieuw in werking treedt ten gevolge van de nieuwe toewijzing;

«Dat de rechtbank, door te beslissen dat verweerder, de nieuwe koper, dank zij de toewijzing na herveiling als eigenaar van de boerderij in eisers plaats is gesteld en dat laatstgenoemde niet langer door de Pachtwet wordt beschermd, de aangevoerde wetsbepalingen schendt.»

(Voorzitter: de h. Sace — Rapporteur: mevr. Charlier — Openbaar ministerie: de h. Piret — Advocaat: mr. Delahaye — In de zaak: R. t/ S.)

NIEUW RECHT OP KOMST

Overdracht van schuldvordering

1. Een schuldvordering is, zoals ieder ander vermogensbestanddeel, in beginsel vatbaar voor overdracht of inpandgeving. De formaliteiten waaraan het mobiliseren van schuldvorderingen naar huidig recht wordt verbonden, worden vaak als hinderlijk beschouwd. Zoals bekend, maakt art. 1690 B.W. een onderscheid tussen de verhouding tussen overdrager en overnemer en de verhouding tot de derden (zie hierover in het bijzonder: Top, F., «Eigendomsovergang bij cessie naar Nederlands en Belgisch recht», *T.P.R.*, 1966, 25 e.v.; Van Ommeslaghe, P., «La transmission des obligations en droit positif belge», in *La transmission des obligations*, Brussel, 1980, 81 e.v.)

Inter partes is de overdracht voltrokken door de enkele wilsovereenstemming. De tegenwerpelijheid aan derden wordt echter eerst gerealiseerd wanneer het voorschrift uit art. 1690 B.W. wordt nageleefd: hetzij de betekening van de overdracht aan de gecedeerde debiteur, hetzij de aanvaarding van de overdracht door de debiteur. Door de rechtspraak werd aanvaard dat de tegenwerpelijheid ook mag worden afgeleid uit gelijkwaardige handelingen. Zo ontleent diens impliciete doch zekere erkenning, de gecedeerde debiteur het recht om zich op de niet-naleving van de voorschriften uit art. 1690 B.W. te beroepen. De overdracht kan alsdan enkel tegengeworpen worden aan *die* derde; niet aan de overigen (Cass., 30 april 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 977).

Artikel 1690 B.W. geldt enkel voor de overdracht van schuldvorderingen op naam. Het vindt geen toepassing wanneer de schuldvordering is neergelegd in een waardepapier. Daar valt de schuldvordering immers samen met het papier derwijze dat diegene die door het waardepapier wordt aangewezen, gelegitimeerd is om de erin neergelegde rechten

uit te oefenen. De overdracht vindt plaats op de voor waardepapieren geijkte wijze (afgifte, endossement). Daar werd immers de schuldeiser van voren af als vervangbaar gesteld. Geen wetsbepaling belet de partijen overeen te komen dat de schuldvordering die tussen hen bestaat, aan toonder zal luiden. De vraag of bij de afgifte van een betalingsbelofte aan partijen enkel het opstellen van een bewijstitel voor ogen stond, dan wel de creatie van een waardepapier, is een vraag van uitlegging (cf. De Page, *Traité*, IV, nr. 414; Van Gerven, W., e.a., *Handels- en economisch recht, Ondernemingsrecht*, 1989, 389, nr. 632; Van Ryn en Heenen, *Principes*, III, 82, nr. 80).

2. De betekenis van het vormvoorschrift uit art. 1690 B.W. is steeds omstreden geweest (zie reeds bij Laurent, *Principes*, XXIV, nrs. 481 e.v. Voor een overzicht van verschillende theorieën ter zake: Hansenne, J. in *R.C.J.B.*, 1974, 5). Hoe kan die bepaling het best begrepen worden?

In het systeem van ons vermogensrecht gaat eigendoms-overdracht bij koop over solo consensu, door enkele wilsovereenstemming. Doordat aldus een zakelijk recht — dat erga omnes geldt — wordt overgedragen door een overeenkomst met slechts relatieve werking, rijst er een probleem. Door de wetgever werden dan ook nadere eisen gesteld voor de tegenwerpelijheid van de eigendomsoverdracht aan derden: onroerend goed (art. 1 Hyp. W.), roerend lichamelijk goed (levering; cf. artt. 1141 en 2279 B.W.) en schuldvorderingen (art. 1690 B.W.).

Daarbij komt dat een cessie niet enkel een zakenrechtelijke dimensie heeft, maar in de eerste plaats een verbintenissenrechtelijk aspect. De cessie van schuldvordering is een drie-partijen-operatie tussen cedent, cessionaris en gecedeerde. Zij strekt er nl. toe de cessionaris in de plaats van de cedent te stellen. De medewerking van de debiteur is hierbij weliswaar niet nodig. De overdracht moet hem wel ter kennis worden gebracht wil men verhinderen dat de debiteur nog bevrijdend zou betalen aan de cedent.

Welnu, art. 1690 B.W. stelt een publiciteitsmechanisme in dat dit dubbel doel dient en dat gecentraliseerd wordt bij de gecedeerde schuldenaar:

1) voor de gecedeerde schuldenaar beoogt art. 1690 B.W. effectieve informatie te verstrekken nopens de overdracht (cf. Larroumet, Chr., *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Bordeaux, 1968, 74 e.v.);

2) voor de overige derden gaat het om een publiciteitsmechanisme dat een praktische oplossing moet bieden voor het probleem hoe men een (absoluut) recht overdraagt door een (relatieve) overeenkomst (cfr. De Page, *Traité*, IV, nrs. 400 e.v.);

3) volledigheidshalve moet nog de functie van art. 1690 B.W. worden vermeld bij de inpandgeving van schuldvorderingen. Daar strekt de betekening aan de debiteur ertoe de buitenbezitting te verwezenlijken (cf. Ronse, J., «Handelspand op schuldvorderingen zonder afgifte van een titel», in *Liber amicorum L. Fredericq*, 1966, II, 829-851; zie ook Cass., 29 maart 1990, *R.W.*, 1990-91, 364 met noot Dirix).

3. Al geruime tijd wordt er geijverd voor een versoepeling van het voorschrift van art. 1690 B.W. (o.m.: Fontaine, M., «La transmission des obligations de lege ferenda», in *La transmission des obligations*, 611 e.v.; Benelux-voorontwerp «Cessie van schuldvordering»; Wetsvoorstel Lagasse, *Parl.St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1277/1). Thans is er een wetsontwerp tot wijziging van de artt. 1295, 1689, 1690, 1691 en

2075 B.W., art. 16 van de wet van 25 oktober 1919 en van art. 5 van het K.B. nr. 62 van 10 november 1967 (*Parl. St., Kamer*, 1990-91, nr. 1492/1; bij de eindredactie werd in ruime mate rekening gehouden met de opmerkingen van de Raad van State).

De nieuwe artikelen 1690 en 1691 luiden als volgt:

«Art. 1690. — De overnemer verkrijgt het bezit van de overgedragen schuldvordering ten opzichte van andere derden dan de gecedeerde schuldenaar door het sluiten van de overeenkomst van overdracht.

De overdracht kan slechts tegen de gecedeerde schuldenaar worden ingeroepen vanaf het ogenblik dat hij er kennis van heeft gekregen.

Indien de overdrager dezelfde rechten aan verscheidene overnemers overdraagt, krijgt hij die zich te goeder trouw kan beroepen op een schuldoverdracht, die het eerst aan de schuldenaar ter kennis is gekomen, de voorkeur.

De overdracht kan niet worden ingeroepen tegen de te goeder trouw zijnde schuldeiser van de overdrager aan wie de schuldenaar te goeder trouw en voordat de overdracht hem ter kennis is gekomen, bevrijdend heeft betaald.»

«Art. 1691. — De schuldenaar, die te goeder trouw heeft betaald voordat de overdracht hem ter kennis is gekomen, wordt bevrijd.

De schuldenaar kan de gevolgen van elke rechtshandeling die ten opzichte van de overdrager is gesteld, invoeren ten opzichte van de overnemer, voordat de overdracht te zijner kennis is gekomen.

De schuldenaar kan eisen dat de overdrager hem de overdracht schriftelijk bevestigt.»

4. Alvorens het wetsontwerp te bespreken is het nuttig even een blik te werpen over onze grenzen. In de verschillende rechtstelsels bestaan er uiteenlopende technieken waarop de overdracht van schuldvorderingen wordt voltrokken. In de meeste «Code civil»-landen werd het onderscheid tussen de interne (tussen partijen) en externe (tegenover derden) verhoudingen behouden (bv. ook Italië: art. 1265 *Codice civile*).

Naar Duits recht vindt daarentegen de overdracht (*Abtretung*) plaats zowel tussen partijen als t.a.v. derden door de enkele wilsovereenstemming (§ 398 B.G.B.). De gecedeerde debiteur te goeder trouw betaalt echter onverminderd bevrijdend aan de cedent (§ 407 B.G.B.). De kennisgeving aan de debiteur strekt er enkel toe deze goede trouw uit te sluiten. Van dan af betaalt de gecedeerde niet meer bevrijdend. Een soortgelijke regeling geldt in Zwitserland (art. 167 O.R.) en Oostenrijk (§ 1395 A.B.G.B.).

Het huidige Nederlandse recht sluit aan bij de Duitse oplossing (art. 668 N.B.W.). De overdracht is intern geldig en extern tegenwerpelijk door de cessieovereenkomst. De betekening (of de aanvaarding) van de cessie aan (door) de gecedeerde schuldenaar betreft slechts zijn positie; niet die van de overige derden. Het Nieuw B.W. zoekt echter weer toenadering tot het systeem van de Code civil. De overdracht is eerst voltrokken wanneer de debiteur hiervan in kennis is gesteld (art. 3.4.2.7). Deze «mededeling» aan de debiteur is een constitutief vereiste. Anders dan in art. 1690 B.W. gebeurt deze kennisgeving vormvrij.

In de «Code civil»-landen werden wel, naast het gemene recht, wat men zou kunnen noemen «sectoriële» regelingen uitgewerkt, voornamelijk ten behoeve van de banken en kredietinstellingen. In al die gevallen diende de rechtszeker-

heid wat in te leveren voor de snelheid en efficiëntie der transacties.

Voor ons land kan gewezen worden op de wet van 25 oktober 1919 (als gewijzigd door de wet van 31 maart 1958), dat de overdracht van schuldvordering aan banken en kredietinstellingen mogelijk maakt door het endossement van facturen.

Meer ingrijpend is in Frankrijk de zgn. Loi Dailly van 2 januari 1981, die een drastische versoepeling invoert ten voordele van de banken (zie hierover o.m.: del Marmol, A., «Vers une Loi Dailly belge?», *Bank. Fin.*, 1990, 27 e.v.). De cessie komt tot stand en wordt tegenwerpelijk erga omnes door het opmaken en de afgifte van borderellen waaruit de cessie (c.q. inpandgeving) blijkt. Aangezien aldus de cessie zowel intern als extern voltrokken wordt zonder publiciteit, werd de rechtspraak herhaaldelijk geconfronteerd met problemen die daardoor kunnen ontstaan. Zo bijvoorbeeld het geval dat een schuldeiser (A) dezelfde vordering achtereenvolgens overdraagt aan twee banken (eerst C, dan D) en de schuldenaar B te goeder trouw betaalt aan de tweede bank (D). Dat B bevrijdend heeft betaald, staat vast. Hoe dient echter het conflict tussen de beide banken te worden opgelost? Het Franse Hof van Cassatie geeft consequent in het systeem van de wet aan de eerste bank de voorrang. D zal de ontvangen sommen aan C moeten afdragen (Cass.fr., 28 oktober 1986, *D.*, 1986, jur., 592 met noot Vasseur; zie hierover o.m.: Cabrillac, M., «Les conflits entre les cessionnaires d'une même créance transmise par bordereau», *D.*, 1990, chron., 127 e.v.; Vasseur, M., «Un grave problème d'application de la loi Dailly», *D.*, 1986, chron., 73 e.v.; Mestre, J., in *R.T.D.Civ.*, 1989, 321-323).

5. Het wetsontwerp lijkt sterk op het Duitse systeem. Het uitgangspunt is het beginsel dat de overdracht van de eigendom van de schuldvordering overgaat door eenvoudige wilsovereenstemming tussen overdrager en overnemer. Deze overdracht vindt plaats zowel inter partes als t.a.v. derden. Het onderscheid intern/extern valt dus weg.

De overdracht kan dus tegengeworpen worden aan derden door het enkele feit van de cessie zelf. Wie zijn nu precies deze derden en hoe lost het wetsontwerp de conflicten op die met de diverse categorieën van derden kunnen ontstaan? Het volgend onderscheid kan worden gemaakt:

1) De volkomen derden (de zgn. *penitus extranei*), d.w.z. zij die in geen enkele juridische verhouding staan tot een der drie protagonisten. Voor hen verandert er niets. De cessie gaat hen niet aan. Dat nu de cessie hen tegenwerpelijk wordt, heeft geen enkele praktische betekenis.

2) De gecedeerde debiteur (B). Hier wordt de bijkomende eis gesteld dat de cessie hem ter kennis is gekomen (art. 1690, tweede lid; art. 1691). In het oorspronkelijk ontwerp was sprake van «ter kennis is gebracht». Deze bewoordingen werden dubbelzinnig geacht omdat niet duidelijk is of hiermee bedoeld wordt dat voldoende is dat een brief wordt verzonden aan de debiteur of dat deze de brief ook moet hebben ontvangen (Advies Raad van State, *Parl. St., Kamer*, 1990-91, nr. 1492/1, 19). Daardoor wordt zijn goede trouw uitgesloten en wordt aldus een bevrijdende betaling aan de overdrager verhinderd.

3) De tweede cessionaris (D). Hoe moet het conflict worden opgelost wanneer de schuldeiser zijn vordering achtereenvolgens overdraagt aan C en D. Hier bepaalt het ontwerp dat de voorkeur moet worden gegeven aan diegene (te goe-

der trouw) wiens overdracht het eerst aan de debiteur «ter kennis is gekomen» (art. 1690, derde lid).

4) De schuldeiser van de overdrager aan wie de debiteur bevrijdend heeft betaald. Te denken valt hier aan het geval dat de schuldeiser, nadat hij zijn vordering heeft overgedragen, aan zijn debiteur — die te goeder trouw is — opdracht geeft te betalen aan een derde (te goeder trouw). Deze betaling is volgens het ontwerp geldig. M.a.w. ook t.a.v. deze derde geldt de tegenwerpelijheid van de cessie niet (art. 1690, vierde lid).

5) Andere schuldeisers van de overdrager. Dit is het geval van samenloop op het vermogen van de overdrager: faillissement, beslag onder derden. Hoe moet dan het conflict worden opgelost tussen de cessionaris en de schuldeiser van de cedent die beslag legt onder de gecedeerde schuldenaar? De cessionaris zal moeten aantonen dat de cessie heeft plaatsgevonden vóór het ontstaan van de samenloop. De anterioriteit wordt hier bepaald naar het tijdstip van de cessie, niet van de kennisgeving (vgl. Memorie van Toelichting, *Parl.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1492/1, 6). In het gegeven geval: dat op het tijdstip van het beslag de schuldvordering reeds uit het vermogen van de cedent verdwenen was. In burgerlijke zaken zal die anterioriteit bewezen moeten worden door de vaste dagtekening van de cessieakte (art. 1328 B.W.). Dit betekent dat de cessionaris de cessieakte zal dienen te laten registreren. In handelszaken geldt art. 1328 B.W. niet. Daar mag de vaste dagtekening van een rechtshandeling t.a.v. derden worden bewezen met alle middelen rechtens.

6. Uit het vorenstaande blijkt dat het door het ontwerp gehuldigde principe dat de cessie tegenwerpelijk is door het feit zelf van de overdracht, enkel opgaat voor de «volslagen» derden. Voor alle andere (geïnteresseerde) derden blijken bijkomende formaliteiten nodig te zijn. Aan de gecedeerde debiteur zal de overdracht best ter kennis worden gebracht. Ook om het conflict te vermijden met een tweede cessionaris is deze kennisgeving aan de orde. Dit is tevens het geval wanneer men wil verhinderen dat de cedent nog een betalingsopdracht geeft aan de debiteur.

Voor de conflicten die kunnen rijzen met samenlopende schuldeisers van de cessionaris die aanspraak maken op de overgedragen schuldvordering, zal in burgerlijke zaken de naleving van art. 1328 B.W. van toepassing zijn. In handelszaken kan die vaste dagtekening zoals gezegd vrij bewezen worden. De vraag rijst of dit niet het risico schept voor alerhande misbruiken. Men zal opwerpen dat toch ook de overgang van schuldvordering bij subrogatie geheel vormvrij geschiedt. Deze vergelijking gaat echter niet geheel op; de gesubrogeerde zal immers het bewijs van zijn betaling moeten leveren. Met een systeem van geheel vormvrije cessie is daarentegen het gevaar niet denkbeeldig dat beslagleggende schuldeisers geconfronteerd zullen worden met allerlei cessies die door de cedent en de cessionaris vooraf gefabriceerd zijn. Ook conflicten die rijzen door dubbele cessies kunnen niet worden uitgesloten, zoals blijkt uit de Franse rechtspraak i.v.m. de Loi Dailly.

7. Het geldende art. 1690 B.W. biedt een grote rechtzekerheid. Het sluit aan bij het systeem van ons vermogensrecht en doet recht aan de triangulaire structuur van de cessie. Door een publiciteitsmechanisme te centraliseren bij de gecedeerde debiteur wordt diens goede trouw weggenomen en worden terzelfder tijd de derden beschermd: er is nu een

vast punt in de tijd dat alle anterioriteitsconflicten kan slechten.

De huidige regeling wordt weliswaar door velen als hinderlijk beschouwd voor een snel en efficiënt rechtsverkeer. De gevaren voor fraude zouden slechts marginaal zijn. Dit leert althans de ervaring in Duitsland en Zwitserland. Vooral door de banken wordt art. 1690 B.W. als hinderlijk ervaren. Om aan die bezwaren tegenmoet te komen, kan men de vraag stellen of het wel nodig is de gemeenrechtelijke regeling te wijzigen en of men niet kan volstaan met naar Frans voorbeeld een bijzondere wetgeving te maken ten behoeve van de banken en financiële instellingen.

Eric Dirix

BOEKEN

C. ELIAERTS, E. ENHUS en R. SENDEN (red.), *Politie in beweging*, Interuniversitaire reeks criminologie en strafwetenschappen, deel 21, Antwerpen-Arnhem, Kluwer, Gouda-Quint, 1990, 442 pp.

In het voorjaar 1989 werd door de School voor Criminologische Wetenschappen van de V.U.B. een tiendelige navormingscyclus georganiseerd, afgesloten door een congres onder de titel «Politie: visies en beleid».

Dit boek omvat een selectie uit lezingen voorgedragen tijdens deze cyclus en dit congres, gaande van korte nota's tot meer omvangrijke bijdragen.

Het is vanzelfsprekend onbegonnen werk elke bijdrage in deze boekbespreking te betrekken. Daarvoor zijn de thema's te uiteenlopend daar ze betrekking hebben op onderwerpen, zoals de relatie bevolking/politie, de discussie van de aspecten van de politiefunctie, de samenwerking en de taakdelegatie in de aanpak van maatschappelijke problemen, de misdaadanalyse in de werking van politiediensten, de internationale politiesamenwerking, de herziening van de politieopleiding en het politiebeleid.

Wanneer men zoekt naar een gemeenschappelijke deler in de reeks van bijdragen, wordt men ongetwijfeld getroffen door het scepticisme van vele auteurs, de diepe ontmoediging van de practici, de tegenstrijdigheid in de voorgestelde oplossingen en de kritiek op de politici.

Het scepticisme blijkt bv. uit de analyse van de uitbouw van meer omvattende vormen van samenwerking op het internationaal vlak, terwijl men niet weet hoe alle bestaande samenwerkingsvormen functioneren (p. 309), uit de grandioze mislukking van een aantal automatiseringsprojecten in het buitenland die ingeblikte agenten in hun auto's hebben veranderd in het inblikken van agenten door middel van computers (p. 296) of uit de lage resultaten van preventieprojecten die willen inwerken op victimogene factoren zoals de aantrekkelijkheids- en de blootstellingsfactor, terwijl ten gevolge van het gebrek aan buurtintegratie een emotiearme en anonieme sfeer is ontstaan, waar slechts weinig of geen hulp geboden wordt (p. 92).

De diepe ontmoediging die de practici overmeestert, komt aan het licht in de referaten die duidelijk stellen dat het geen betoog hoeft dat de reglementatie van de opleiding van de officieren van politie sedert jaren geen voldoening meer geeft (p. 365) of die uitleggen dat politieke autoriteiten politiediensten afbouwen om steun te geven aan particuliere bewakingsmaatschappijen, die door hun aanwezigheid en hun gebrek aan nodige vorming, slechts de problemen doen verplaatsen (p. 247).

We zijn aldus gekomen tot de kritiek die politiemensen uiten op politici. In verschillende bijdragen wordt erop gewezen dat jaren door de politieke verantwoordelijkheidsdragers een verkeerd beleid werd gevoerd en de politie in het verdomboekje heeft gestaan (p. 411), dat de rapporten omtrent de organisatie en het functioneren van het politieapparaat naar de boekenplank of naar de prullemand werden verwezen en dat de bedreiging voor de democratie niet gevormd wordt door de ene of andere vorm van politieorganisatie, maar door de manier waarop politici gebruik of misbruik maken van de politie (p. 399).

Om aan de bestaande problemen het hoofd te bieden wordt door sommige verantwoordelijkheidsdragers de nadruk gelegd op het belang van de wijkagent – van oudsher contactman bij uitstek (p. 59), terwijl anderen het hebben over het alom bekende en geroemde beeld van de wijkagent, waar zo om geroepen wordt, maar die momenteel niemands zorg zou zijn (p. 396). Sommige auteurs pleiten voor eenvormigheid van de politiediensten (p. 399), terwijl anderen deze oplossing van de hand wijzen (p. 410). De bijdragen verschillen ook duidelijk van opinie over de bruikbaarheid van het rapport van Team Consult over het Belgisch politiewezen (pp. 396 en 408).

Het is de grote verdienste van deze bundel de reële situatie die in de politieorganisatie bestaat, aan de oppervlakte te hebben gebracht. Hierbij dienen nog twee bedenkingen van referenten te worden vermeld. De bestaande problemen, en m.i.b. de problematiek van de samenwerking tussen de diensten, dateren niet van vandaag. Dit wordt overduidelijk bij de lectuur van teksten die in begin van deze eeuw werden geschreven (p. 405). En ten slotte de bedenking van een auteur dat politiepolitiek slechts de vrucht zou mogen zijn van een continu beleid, los van emotionaliteit en los van de druk van casualistische externe factoren (p. 403).

Alain De Nauw

A.C. 't HART, **Recht als schild van Perseus-Voordrachten over strafrechttheorie**, Vrije Universiteit Brussel, Leerstoel Theodore Verhaegen 1989-1990, Gouda Quint B.V. Arnhem-Kluwer Rechtswetenschappen Antwerpen, 1991, 191 pp.

De auteur, prof. mr. A.C. 't Hart, is hoogleraar strafrecht en strafprocesrecht te Leiden (RUL). In het academisch jaar 1989-1990 was hij tevens houder van de Leerstoel Theodore Verhaegen aan de Vrije Universiteit te Brussel (VUB). Het boek is de bewerking van een voordrachtenreeks begin 1990 gehouden aan de Vrije Universiteit van Brussel onder de titel «Tussen dogmatiek en meerduidigheid».

Aan de hand van de spanningsverhouding tussen de opvatting van de wereld als een boek en het ideaal van rechtsbescherming wordt een analyse gemaakt van rechtsbegrip en rechtsontwikkeling in het moderne strafrecht.

De «Wereld als een boek» en dus «leesbaar»! In dit eeuwenoude metafoor komt de opvatting tot uitdrukking dat de hele wereld een netjes geordend object is dat van het begin tot het eind gekend en beheerst mag worden. Deze opvatting staat haaks op het ideaal van rechtsbescherming dat de grondslag vormt van de rechtsstaat. Bij dit ideaal gaat het er immers juist om dat de mens niet volledig doorzichtig en beheersbaar mag worden gemaakt.

Zoals de Italiaanse schrijver Italo Calvino in zijn *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio* de waarde en betekenis van het boek in het komende millennium ter discussie stelt, zo ook onderzoekt de auteur wat datgene is in onze Westeuropese continentale rechtscultuur dat hij veilig zou willen stellen en meenemen op reis naar de nieuwe tijd.

De titel van deze studie is ontleend aan de mythe van Perseus die de verstening door de aanblik van de Medusa wist te voorkomen en haar wel kon onthoofden door een indirecte aanschouwing.

De auteur stelt dat de problematiek van de verstening van de visie op de wereld in haar beschrijvende constructie juist de problematiek is van het recht, in het bijzonder van de juridische dogmatiek.

Het dogmatische recht neigt tot een eenduidig weten waarin een beeld van de maatschappelijke werkelijkheid is verstaan tot een officiële, dominante maatschappijvisie. Het narratieve, verhalende, literaire weten van de roman biedt meer openheid en meerduidigheid (p. 19).

Aan de hand van enkele voorbeelden uit de literatuur en andere kunstvormen getoetst aan de rechtspraak stelt prof. 't Hart het ideaal van de openheid en meerduidigheid in de roman tegenover de tendens tot geslotenheid en eenduidigheid in het recht.

Het recht is volgens de auteur bij uitstek een interpretatiecode die steeds gevaar loopt om de plaats van de werkelijkheid zelf te gaan innemen. Het wordt niet meer herkend als een ordenende structuur die de noodzakelijke bemiddeling verleent om gebeurtenissen maatschappelijk verstaanbaar te maken, maar is een kader geworden dat heel het eigen denken en ervaren bepaalt, waar de mensen als het ware niet meer buitenom kunnen en dat zij voorstellen als de afbeelding van de kern van de werkelijkheid.

Ook in het (straf)recht zou men op deze wijze de juridische verwerking van het eigen relaas over de eigen werkelijkheidservaring maar moeten aanvaarden alsof zij de eigen werkelijkheid zelf zou zijn. «Het strafrecht lijkt die pretentie nodig te hebben: het zou in heel grote legitimatieproblemen verzeild raken indien het de aanspraak op gaf dat de in rechte vastgestelde feiten waarvoor de dader wordt gestraft niet de kern van het 'echt gebeurde' zouden vormen» (p. 36).

De eerste codificatoren en met name vanaf Portalis begonnen – instrumenteel – een politiek doel te dienen, namelijk het beëindigen van revolutionaire onrust en activisme. Maatschappij en rechtssysteem werden opgevat als transparant. Dit geraakt op de achtergrond wanneer een proces van naturalisering van het recht plaatsvond. Het recht deed zijn bemiddelende functie vergeten, deed zich zelf de werkelijkheid wanen en werd totalitair in de ken-theoretische zin.

«Het recht wordt een betekeniscode waarin de mensen wonen en denken waar ze niet meer buiten kunnen treden en niet meer buitenom kunnen kijken.» Er ontstaat een dominant weten dat alle andere vormen van weten verdrukt en zelfs voor niet bestaande verklaart, een versteende wereld (p. 43).

Het kreeg de concurrentie te verduren van de andere disciplines die pretendeerden de maatschappelijke werkelijkheid juist te kunnen weergeven, met name de toen opkomende positivistische sociale wetenschappen.

Als gevolg aan het proces van naturalisering krijgt de problematiek van de rechtsbescherming een tweeledige inhoud: rechtsbescherming moet zowel bescherming zijn van de individuele burger tegenover anderen – tegenover criminaliteit en tegenover de overheid die criminaliteit bestrijdt – als bescherming van het onderdrukte weten, van het weten dat naar de vergetelheid wordt gedrukt, dus bescherming van de mogelijkheid van andere visies op de werkelijkheid en andere interpretaties (p. 46).

Deze bescherming kan alleen doordat het recht een bemiddelen-de positie inneemt. Ook juridische begrippen en constructies krijgen een beschermende functie toegekend, zij dienen in de duiding van de maatschappelijke werkelijkheid te bemiddelen.

«De verstening van de wereld kan worden teniet gedaan en de Medusa van een totaal dominante betekeniscode kan nog onthoofd worden door woorden te geven aan verdrukte alteriteit, door het verwoorden van een ander perspectief, van een andere werkelijkheid: door het aanschouwen van de reflectie op het bronzen schild van Perseus» (p. 55).

De Italiaanse filosoof Giambattista Vico ondernam in de eerste helft van de achttiende eeuw een grandioze poging om een «nieuwe wetenschap» (*Scienza Nuova*) te ontvouwen om het menselijk maatschappelijk handelen inzichtelijk te maken. Hij ontwierp een «eeuwige ideële geschiedenis». De nieuwe wetenschap draaide om de wisselwerking tussen de ontwikkeling van de mens en mensheid en de ontwikkeling van de maatschappelijke organisatievorm. De mens wordt geconditioneerd door instellingen en instituten die hij zelf geschapen heeft. Ook voor Cesare Beccaria staat het maatschappelijk verdrag toe mensen hun vrijheid en autonomie te verwezenlijken. Het rechtssubject is geen afbeelding van een «natuurlijke» mens en valt daarmee niet samen: hierin ligt de kern van de rechtsbescherming. De eenvoud, duidelijkheid en precisie van het gecodificeerde recht samen met de strikte scheiding van de machten zou volgens velen zekerheid verschaffen en de beste waarborg vormen tegen willekeur.

De verbrokkeling van het juridische is in het huidige tijdsbestek ver voortgeschreden. Het ideaal van eenvoud en kenbaarheid van het recht dat uitmondde in het codificatie-ideaal van een recht dat op schrift is gesteld in een geordend samenhangend en allesomvattend regelsysteem, is verzand. Allereerst is er de enorme uitbreiding van strafbaarstellingen en wordt de extensieve interpretatie van strafbaarstellingen vrij algemeen aanvaard. De wetgever geeft zeer vage formuleringen die door de rechtspraak verder moeten worden aangevuld. Bovendien zijn er de zgn. «getrapte» strafbaarstellingen of «gelede normstellingen». Dat is de zgn. «technique de renvoi». De strafbaarstelling is dan niet op één enkele plaats in de wetgeving te vinden, maar zij moet gededuceerd worden uit een combinatie van met elkaar samenhangende regelingen. Kaderwetten beperken zich soms tot het opsommen van bevoegdheden van de Koning. Niet alleen de strafrechter legt sancties op, er is een toenemende tendens om de mogelijkheid te creëren tot een afdoening buiten rechte. Er

is niet alleen een gigantische proliferatie van strafbaarstellingen, maar ook een heel aantal niveaus waarop de strafrechtelijke regelingen worden uitgevaardigd.

Ook de rechtshandhaving door de uitvoerende macht maakt volgens de auteur een zorgwekkende ontwikkeling door. De verandering van het ideaal van eenvoud in het beleidsdenken van de verzorgingsstaat komt samen met het teloorgaan van het ideaal van meerduidigheid. Voorzieningen geformuleerd als rechten voor de individuele burger kunnen door deze juridisch afgedwongen. De sociale zorg is verschoven van gunst naar recht. De toenemende staatsbemoeienis wordt bevorderd door het individualisme. Staat een maatschappij zijn in elkaar vervlochten geraakt. De effectiviteit van het beleid is één van de grote zorgen van de verzorgingsstaat en dat gaat gepaard met ieder maakbaarheidsdenken. Door de onmacht om zelf in de wirwar van regelingen en instanties thuis te raken worden de burgers steeds verder afhankelijk van professionele hulpverleners en bureaucratische instellingen. Dereguleren wordt voor alles een poging om overbelasting terug te dringen.

«Door dit beheersings- of maakbaarheidsdenken, waarbij het recht niet meer wordt gezien als grondstructuur die een nullijn van het maatschappelijke moet aangeven maar als één van de maatschappelijke ordening zelf losstaande categorie die door het beleid wordt ingezet om gewenste doelstellingen te bereiken is het recht tot puur instrument geworden» (p. 109).

Aan het recht kunnen dan ook geen eigen inherente waarden meer worden toegekend. De instrumentaliteit van het recht heeft het rechtsbegrip geërodeerd en het doen verworden tot instrumentalisme.

Mireille Delmas-Marty ondernam, in navolging van Giambattista Vico, een poging om een nieuwe methodische techniek te ontwikkelen teneinde de pluraliteit van het recht en het algemeen strafrecht in het bijzonder juridisch te kunnen denken en ordenen. De kern van haar ideeën is gelegen in wat zij noemt de «logique du flou» «de logica van de onderbepaaldheid».

Het belang van het onderbepaalde stelt zij tegenover de traditionele waarde van precisie van het juridische. Door het feit dat de mensenrechten zich inschrijven in het juridisch bemiddelen tussen de eisen van het zuiver ethische en het streven naar doeltreffendheid van het politieke, zijn zij in staat om een juridisch bewustzijn te scheppen en een lijn te trekken tussen hetgeen recht is en hetgeen recht kan zijn (Le flou du droit).

Delmas-Marty ontwierp modellen waarbij de «politique criminelle» in breder perspectief werd gezien. In het liberale-sociaal-democratische model is het reageren op rechtsinbreuken een staatstaak terwijl de reacties op deviantie in hoge mate een maatschappelijke aangelegenheid zijn. Ontwikkelingen naar meer controle door de staat enerzijds en minder staatsoptreden anderzijds houden elkaar in evenwicht.

Er wordt een vervloeiing en annexatie vastgesteld tussen publiek en privaat domein. Er is een grote diversificatie van politiediensten, door Delmas-Marty bij wijze van voorbeeld als een ontwikkeling naar «minder staat» bestempeld. De particuliere politie is een gigantische industrie, maar mist de verregaande bevoegdheden van de reguliere politie. Een ongecontroleerd grijs politiecircuit zoals de particuliere politie dreigt uiteenlopende belangen te dienen. De maatschappelijke implicaties mogen niet ongeproblematiseerd gepresenteerd worden als een versterking van het liberaal en sociaal-democratisch model.

De Nederlandse beleidsplannen inzake criminaliteitsbestrijding impliceren een verweving van strafrechtelijke en maatschappelijke reacties, samenwerkingsverbanden die tesamen het maatschappelijk middenveld uitmaken. Tussen gevangenis en maatschappij is geen scherpe scheidslijn meer. De afscheidingen tussen de vrijheidsbenaming door de overheid en het leven in de vrije maatschappij vervagen. De twee schuiven in elkaar tot één groot terrein van corrigeren en disciplineren.

In een laatste beschouwing komt de auteur tot de conclusie dat de publieke sfeer tendeert tot annexatie van de privé-sfeer. De mens zelf en zijn samenlevingsverbanden dreigen volstrekt transparant en leesbaar te worden gemaakt. De macht wordt anoniem en moeilijk grijpbaar, terwijl de individuele mensen zowel aan die macht onderworpen zijn als tegelijkertijd raderen zijn in het totaal, ondoorzichtig machtsstelsel. Het menselijk individu wordt niet meer zozeer beschouwd als een mondig participierend rechtssubject en staatsburger, maar als element in een beheersbaar systeem. Het

sanctioneren van rechtsinbreuken als door het legaliteitsbeginsel gemarkeerde mogelijkheden van staatsingrijpen dreigt samen te vloeien met het reageren op algemene vormen van deviantie. Zijn en Behoren raken zo onderling vervlochten.

Aspecten van deze uitkomsten van de analyse van huidige maatschappelijke en specifiek strafrechtelijke ontwikkelingen ziet de auteur verwant met boeken van Franz Kafka (*Der Prozess*, *Das Schloss*).

«Het individu neemt deel aan het publieke leven als rechtssubject, waarbij die rechtssubjectiviteit wordt opgevat als het juridisch statuut dat aan het individu is verleend om het gedeeltelijk af te schermen voor machtsuitoefening. Dat is de basis van de rechtsbescherming» (p. 159).

Rechtssubjectiviteit is een masker. Rechtsbescherming staat haaks op leesbaarheid van de mens en zijn samenlevingsverbanden als een open boek.

Prof. 't Hart concludeert dat het recht van de democratische staat inderdaad een «logique du flou» vergt, een «logica van onderbepaaldheid». Maar deze logica mag niet blijven steken op het vlak van de methodische techniek van ordening van het juridisch pluralisme. Zij dient meer diepgaand te worden getheoretiseerd op maatschappij-filosofisch, ethisch-normatief en kennistheoretisch niveau.

«Het is speciaal de potentie van het narratieve om de vanzelfsprekendheid van een dominant wereldbeeld op te schorten en het recht, als dogmatische vorm van weten, te behoeden voor een versterking in eenduidigheid die met de contrafactiviteit van het recht ook de bescherming van het recht teniet doet» (p. 161).

Deze studie van prof. 't Hart is zowel door zijn uiterlijke vormgeving, indeling, toelichtingen en illustraties zeer vlot leesbaar en geeft blijk van een grote rechtskundige en literaire belevingszucht. Het boek nodigt uit tot bezinning en reikt nieuwe ideeën aan vanuit rechtsfilosofisch standpunt. Het bevat tevens een uitvoerige bibliografie. De behandelde materie is bijgehouden tot 1990.

J. Luyckx

F.M. SMIT, De agentuurovereenkomst tussen handelsagent en principaal, met bespreking van de aanpassing van het Wetboek van Koophandel aan de EEG-Richtlijn betreffende zelfstandige handelsagenten, Serie praktijkhandelingen, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1990, XIV + 163 pp.

Dit boekje is een juridische handleiding met ook praktische niet-juridische informatie (zie de inleiding, die achtereenvolgens gewijd is aan de belangenbehartiging, en een, zij het erg summier en op één interview gebaseerd, overzicht van de manieren om aan een «goede agentuur te komen»). Na enkele beschouwingen van meer theoretische aard over de kwalificatie van de agentuur en de afbakening ervan t.o.v. andere overeenkomsten (met tussenpersonen), volgt een in hoofdzaak praktijkgeoriënteerde beschrijving van de regels die in Nederland, sinds de wetwijziging van 1 november 1989, de agentuur beheersen. Deze wetwijziging was nodig ingevolge de EEG-Richtlijn betreffende zelfstandige handelsagenten (PB L 382/11 van 31 december 1986). De Lid-Staten moesten de nodige bepalingen in werking doen treden om vóór 1 januari 1990 aan de Richtlijn te voldoen (voor het V.K. en Ierland is dit 1 januari 1994). Uiterlijk op 1 januari 1994 moeten die bepalingen van toepassing zijn op lopende contracten. In Nederland is die omzetting tijdig gebeurd. In België is het nog wachten op de goedkeuring van een zoals steeds zeer laat ingediend wetsontwerp. Zoals ook uit de lectuur van Smits boek (en een vergelijking van de in bijlage opgenomen tekst van de oude en de nieuwe regeling van het W.Kh.) blijkt, vereiste de aanpassing aan de Richtlijn (ook de tekst van de Richtlijn is in bijlage afgedrukt) slechts relatief geringe wetwijzigingen. De artikelen 74-74s oud W.Kh. waren de omzetting van de in België en Luxemburg nooit ingevoerde gemeenschappelijke bepalingen van de wegens uitblijven van de ratificatie door deze twee landen nooit in werking getreden Benelux Overeenkomst Agentuurovereenkomsten (Den Haag 1973).

Het boek geeft een vrij grondige bespreking van de art. 74 - 74s W.Kh. in de oude, zowel als in de nieuwe versie, alsook (zie p. 68) een overzicht van de belangrijkste wijzigingen.

Het vierde hoofdstuk behandelt capita selecta: ipr-aspecten, fiscale aspecten, beëindiging van de agentuurovereenkomst, alleenverkoop en kartelrecht, agentuurpiraterij.

Het boek geeft op vele praktische vragen een antwoord. Straks (na de aanpassing van het Belgisch recht aan de Richtlijn) zijn die antwoorden ook voor menig Belgische practicus van belang, thans zijn ze het reeds voor die practici die met een agentuurovereenkomst te maken hebben waarop Nederlands recht van toepassing is.

Storend is dat het werk nog teveel in «scriptie»-stijl is geschreven, waarbij achtereenvolgens de meningen worden weergegeven van de verschillende auteurs die over het probleem geschreven hebben. Ook bij de term «agentuurpiraterij» – hieronder zouden methodes bekend staan van aanzetting van een principaal tot contractbreuk om een agentuur «af te pakken» – plaats ik een vraagteken. Ten slotte zijn bepaalde commentaren nogal cryptisch, wat tot misverstanden aanleiding kan geven. Zo wordt op p. 66 betoogd dat voor overeenkomsten waarop Belgisch recht van toepassing is, de Richtlijn ook van groot belang is, omdat het Belgisch recht niet in een regeling met betrekking tot de handelsagent voorziet. Er wordt echter niet uiteengezet hoe de regeling van de Richtlijn in de plaats zou moeten treden van een ontbrekende omzettingwet. Gelet op de voorhands tot de verticale verhouding (Lid-Staat/particulier) beperkte inroepbaarheid van Richtlijnbevestigingen voor de nationale rechter, kan de Richtlijn, zolang er geen wettelijke regeling in België bestaat, alleen maar een rol spelen via de techniek van de (in gevolge de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG verplichte) richtlijnconforme interpretatie van het gemene contractenrecht dat thans de agentuurovereenkomst in ons land beheerst (zie hierover Stuyck in Van Gerven, Cousy en Stuyck, *Ondernemingsrecht*, 3e ed., 1989, p. 475).

Jules Stuyck

MEDEDELINGEN

Studienamiddag «De fiscale procedure inzake directe belastingen

De Conferentie van de Jonge Balie te Brugge en de Vlaamse Conferentie bij de Balie te Gent organiseren in samenwerking met de juridische uitgeverij Die Keure op 15 mei 1991 een studienamiddag over «De fiscale procedure inzake directe belastingen».

Inlichtingen: Die Keure, Oude Gentweg 108, 8000 Brugge (tel. 050/33.12.35, toestel 268; fax: 050/34.37.68).

Detectiemiddelen en methodes voor opsporing van drugmisbruik

Met over de zes miljoen cocaine en twintig miljoen marihuana-gebruikers in de Verenigde Staten is de groeiende populariteit van prestatieondermijnende drugs een aangelegenheid van vitaal belang voor het publiek, de regeringsinstanties en de lokale overheden. Ongevallig, diefstal, verminderde productiviteit, stijgend absentisme en toenemende uitgaven voor gezondheidszorg, toe te schrijven aan misbruik van (toxische) stoffen, kosten het zakenleven bij benadering 65-100 miljard dollar per jaar en verplichten de bedrijfsleiding een antwoord te geven op deze crisistoestand.

In de laatste jaren vertoonden 25 tot 45% van de werkzoekenden die getest werden, sporen van recent druggebruik en werd de drugtest een belangrijk instrument om, tijdens de proeftijd, het jaarlijks onderzoek of een abnormale gedraging en daaruit voortvloeiende gewettigde verdenking, drugverwante problemen te identificeren en aan te pakken.

De N.V. Abbott - Diagnostics Division te Ottignies/Louvain-la-Neuve brengt momenteel een toestel op de markt waarbij het mogelijk wordt om op automatische wijze drugmisbruik op te sporen in de urine en het serum. Het apparaat overtreft in kwaliteit de soortgelijke toestellen en test-kits die op de markt zijn en draagt de naam van «ADx-analyser». Het procédé bestaat erin dat de druggebruiker een staal inlevert van zijn urine waarbij ter plekke onmiddellijk kan worden nagegaan of drugs of alcohol aanwezig zijn in het serum of de urine en binnen 24 uur de resultaten aan de bevoegde ambtenaar ter kennis kunnen worden gebracht.

De voordelen van die onderzoeksmethode zijn gelegen in het feit dat zij tijdsbesparend is en het mogelijk maakt op snelle wijze met

zekerheid over te gaan tot een eerste identificatie van de drugs. Het tijdsverloop tussen de inzameling van het urinemonster en de behandeling ervan is een belangrijke factor omdat sommige sporen van verdovende middelen verwijderd worden na enkele dagen. Bovendien sluit het procédé het vervoer uit van grote aantallen stalen naar externe laboratoria omdat ongeveer 80% negatief is. De methode verzekert voor de positieve stalen een maximale bewaakingsketen door nauwkeurige registratie van de behandelende personen met inbegrip van datum en uur. Zulks voorkomt problemen waarbij de integriteit en identiteit van het staal in twijfel wordt getrokken. De methode garandeert een maximum aan controle en betrouwbaarheid. Bovendien is het toestel kostenbesparend, gebruiksvriendelijk, nauwkeurig, gevoelig en betrouwbaar.

Het toestel is reeds geruime tijd geïntroduceerd in klinische laboratoria (ziekenhuizen, forensische toxicologie) alsook (voornamelijk in de Verenigde Staten) in de industrie, gevangnissen, probatie en juridische instanties. Naar aanleiding van deze nieuwe trend in het gebruik van «Drugs of Abuse»-screening zijn er ook reeds in België verschillende projecten lopende.

J. Luyckx

Negende Rimo-symposium te Leiden

De Vereniging tot bestudering van het recht van de Islam en het Midden Oosten (Rimo) organiseert haar negende symposium op vrijdag 7 juni 1991 in het Academieggebouw van de Rijksuniversiteit Leiden.

Spreekers zijn: drs. L.P.H.M. Buskens over «De udl in het Marokkaanse familierecht», dr. Ian Edge over «Constitutional law in Egypt», drs. A.H. Nauta over «Wettiging van niet geregistreerde kinderen in Turkije» en mr. drs. M.S. Berger over «Het afdwingen van een verstoting bij de Nederlandse rechter».

Inlichtingen: mevr. Rutten, tel. 043/88.73.68.

Rimo-prijs 1990-1991

De Rimo-prijs, ingesteld ter aanmoediging van de studie van het recht van de Islam en het Midden Oosten, wordt tweejaarlijks uitgereikt voor een scriptie, tijdschriftartikel of ander geschrift op dit gebied.

De prijs - vastgesteld op fl. 1.500 - dient ter bekroning van oorspronkelijk onderzoek en wordt in de regel toegekend aan één persoon, maar kan ook tussen twee of meer personen worden verdeeld.

Nadere inlichtingen: mevr. S.W.E. Rutten, Open Universiteit, Afdeling Rechtswetenschappen, Postbus 2960, 6401 DL Heerlen (tel. 045/76.23.58 - 045/76.23.95).

Colloquium te Brussel «L'evaluation des incidences sur l'environnement: un progres juridique?»

Het Centre d'Etude du Droit de l'Environnement (Cedre) van de Facultés Universitaires Saint-Louis, organiseert op 17 mei 1991 in de gebouwen van de faculteit, Broekstraat 109, 1000 Brussel, een colloquium met als thema: «L'évaluation des incidences sur l'environnement: un progrès juridique?»

Inlichtingen: Faculté de Droit des Facultés Universitaires Saint-Louis tel. 02/211.79.51 (van 14u30 tot 16u30).

Studienamiddag «Overheidsbeleid en bankrendabiliteit»

Het Studiecentrum voor het Financieuzen organiseert in samenwerking met het R.U.C.A. en U.F.S.I.A. op 16 mei 1991 in de Faculteit Toegepaste Economische Wetenschappen R.U.C.A., T-Gebouw, Groenenborgerlaan, 2020 Antwerpen een studienamiddag met als thema «Overheidsbeleid en bankrendabiliteit».

Spreekers zijn o.m. de heren J. Duplat, voorzitter van de Bankcommissie, J. Van Neste, kabinetschef van de staatssecretaris voor Financiën, P. Praet, chef economist van de Generale Bank en L. Onclin, ondervoorzitter van het directiecomité van het Gemeentekrediet.

Inlichtingen: Studiecentrum voor het Financieuzen, Leopoldplaats 8, 2000 Antwerpen (tel. 03/233.18.55; fax: 03/234.37.75).