

# DE TESTAMENTAIRE VOOGDIJ

## A. Inleiding. Probleemstelling

### 1) De testamentaire voogdij: afschaffen of niet?

1. Recentelijk schrijft een auteur (vrij vertaald) dat de testamentaire voogdij een verouderde en achterhaalde instelling is, die trouwens om zo te zeggen nooit toepassing zou vinden en die nutteloze ontwikkelingen met zich zou meebrengen. Men mag, volgens deze auteur, de testamentaire voogdij (alsook de voogdij van rechtswege van de ascendenten, namelijk artikel 402 B.W.), zonder meer afschaffen. Niemand zal zich erover beklagen, aldus de auteur <sup>1</sup>.

Het is o.i. nuttig bij die beoordeling en beschouwing *de lege ferenda* van deze auteur even stil te staan, nu vroeg of laat de Belgische wetgever tot een hervorming van het voogdijrecht zal overgaan, zoals hij zelf trouwens reeds aankondigde bij de parlementaire voorbereiding van de afstammingswet van 31 maart 1987.

Is het opportuun dat de testamentaire voogdij wordt afgeschaft? Het voormelde bevestigende besluit van de auteur moet betwijfeld worden of minstens kritisch benaderd worden, al was het maar omdat andere hedendaagse auteurs toch niet zo radicaal lijken. Aldus schrijven verscheidene auteurs recentelijk dat deze vorm van aanwijzing van de voogd, d.w.z. de testamentaire voogdij, die tot voor kort weinig voorkwam, in de rechtspraktijk aan een heropleving lijkt toe te zijn <sup>2</sup>.

Alvorens evenwel ter zake te argumenteren en een besluit voor te stellen, lijkt het ons nuttig op enkele belangrijke praktische aspecten van de huidige regeling van de testamentaire voogdij in te gaan. Ook enkele rechtsvergelijkende beschouwingen worden gemaakt om tot een besluitvorming te komen.

### 2) De testamentaire voogdij is een zeer oude instelling

2. Vaststaat dat de testamentaire voogdij een zeer oude instelling is. Historisch gezien is de testamentaire voogdij een overlevering uit het Romeinse recht, dat de rechtsfiguur van de tutor testamentarius kende <sup>3</sup>. In het Romeinse recht

ging deze testamentaire voogdij al vroeg voor op de tutela legitima en op de voogdij opgedragen door de praetor <sup>4</sup>. Gelet op de principes van het Romeinse recht inzake het statuut van de vrouwen en onvolwassen kinderen, begrijpt men de volgende beschouwing in verband met de testamentaire voogdij (over personen) en de testamentaire regeling inzake de goederen van de nalatenschap in het Romeinse recht: "Mais, de même que l'hérédité testamentaire a pris le pas sur l'hérédité ab intestat, la tutelle testamentaire a de bonne heure rejeté la tutelle légitime au second rang <sup>5</sup>."

Een en ander belet niet dat de huidige grondslag en de huidige regeling inzake voogdij grondig verschillen van de romeins-rechtelijke grondslag en regeling <sup>6</sup>.

### 3) Ratio legis van de huidige, Belgische, wettelijke regeling inzake de testamentaire voogdij

3. De keuze van de voogd door de langstlevende ouder is een wettelijk attribuut van het ouderlijke gezag <sup>7</sup>. Het is de laatste uitdrukking van dit ouderlijke gezag <sup>8</sup>. De Page heeft het over een postuum gevolg van het ouderlijke gezag <sup>9</sup>.

Artikel 397 B.W. is de uitdrukking van het vertrouwen van de wetgever in de langstlevende ouder <sup>10</sup>. De wetgever gaat

alsook het voorafgaand advies van procureur-generaal LECLERCQ, *Pas.*, 1853, I, 86.

<sup>4</sup> GIRARD P., *Manuel élémentaire de droit romain*, Parijs, 1929, 221; VAN OVEN J., *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, Leiden, 1948, 500, nr. 325.

<sup>5</sup> GIRARD P., *o.c.*, l.c.

<sup>6</sup> DE PAGE H., *o.c.*, tome II, 4e uitgave, door MASSON J.P., Brussel, 1990, 1150, nr. 1235, en 1156, nr. 1236; *Pand. B.*, tome 124, Brussel, 1929, V° "Tutelle en général", 590, nr. 13. Zie ook BAUDRY-LACANTINERIE G., *Traité de droit civil*, tome V, *Des personnes*, Parijs, 1908, 360, nr. 300.

<sup>7</sup> DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I, Brussel, 1962, 897, nr. 767-C; KLUYSKENS A., *Personen- en familierecht*, Antwerpen-Brussel-Gent-Leuven, 1950, 608, nr. 673; *R.P.D.B.*, Complément VI, Brussel, 1983, V° "Puissance paternelle - Autorité parentale", 603, nr. 2, 605, nr. 6, en 617, nr. 65.

<sup>8</sup> PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, tome I, Parijs, 1922, 554, nr. 1805.

<sup>9</sup> DE PAGE H., *o.c.*, tome II, 4e uitgave door MASSON J.P., Brussel, 1990, 1180, nr. 1263. Vergelijk DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome VIII, Brussel, 1947, 953, nr. 853.

<sup>10</sup> Brussel, 25 april 1887, *Pas.* 1887, II, 221; advies van procureur generaal LECLERCQ, voor Cass., 9 december 1852, *Pas.*, 1853, I, 96: "Certes l'affection que les liens du sang inspirent aux ascendants pour leurs petits-enfants devait leur donner la préférence sur toutes autres personnes; mais cette affection a ses faiblesses contre lesquelles des garanties étaient nécessaires; le grand âge d'ascendants survivants à leurs enfants mariés était encore une cause de faiblesse contre laquelle des précautions étaient pas moins nécessaires; ces précautions, la loi les a placées dans le jugement des père et mère; ils peuvent exclure les ascendants en nommant un tuteur testamentaire; ils peuvent les admettre en s'abstenant de cette nomination..." Wat Frankrijk betreft, zie o.a. ALLAIN J. en CARRÉ M., *Manuel encyclopédique des juges de paix*, Parijs, 1881, 147, nr. 405.

<sup>1</sup> DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, vierde uitgave, door J.P. MASSON, Brussel, 1990, 1188, nr. 1274: "Il est à peine besoin de dire que les quatre ordres de tutelle prévus par la loi constituent un régime vétuste et suranné. En fait, les tutelles testamentaires et des ascendants ne fonctionnent presque jamais. Elles entraînent, de plus, des complications inutiles. On pourrait très aisément les supprimer; personne ne s'en plaindrait."

<sup>2</sup> NUYTINCK H. en GOTZEN R., "Voogdij over minderjarigen. Een voorstel tot hervorming", *Acta Falconis*, 1983, nr. 4, 94; PAUWELS J.M., *Beginselen van personen- en familierecht*, boekdeel 3, *Jeugdrecht-verwachtschapsrecht*, Leuven, 1986, 175, nr. 17118; SENAËVE, P., *Compendium van het personen- en familierecht*, II, Leuven, 1989, 142, nr. 1068. Vergelijk, wat de toestand in Nederland betreft, G.R., "Rechtsvragenrubriek", *W.P.N.R.*, 1977, nr. 5385, 218.

<sup>3</sup> DEKKERS R., *Handboek Burgerlijk Recht*, I, Antwerpen-Brussel-Gent-Leuven, 1956, 311, nr. 482. Zie ook Cass., 9 december 1852,

ervan uit dat de langstlevende ouder, beter dan de familie-raad of de rechter, een geschikte voogd voor zijn kinderen kan kiezen. De langstlevende ouder verkeert in de beste positie om die keuze te doen.

#### 4) Is de testamentaire voogdij een volledig achterhaalde instelling?

4. De voormelde probleemstelling (al of niet afschaffing van de testamentaire voogdij) kan dus anders geformuleerd worden als volgt. Gaat deze ratio legis van artikel 397 B.W., namelijk het vertrouwen van de wetgever in de langstlevende ouder, anno 1992 nog op? Zijn er misbruiken die argumenten vormen voor een afschaffing van de artikelen 397-401 B.W.? Zal er meer recht zijn of mogelijk zijn wanneer deze bepalingen inzake de testamentaire voogdij volledig worden afgeschaft?

De afschaffing van de testamentaire voogdij impliceert dat de wetgever eigenlijk zegt aan de langstlevende ouder: de voogdij over uw kinderen na uw dood zijn uw zaken niet; gij kunt er geen regeling voor treffen; na uw dood zal de familieraad (of de rechter) wel zien en oordelen op basis van de omstandigheden bij uw sterfdag; houd u niet bezig met de vraag betreffende het bestuur van de persoon en de goederen van uw kinderen na uw dood... Is het dat wat voorgesteld wordt? Is het dat wat gewenst wordt? Is het dat wat wenselijk is? Is de testamentaire voogdij werkelijk een totaal achterhaalde of nutteloze instelling geworden?

### B. De plaats van de testamentaire voogdij in de huidige regeling van de voogdij

#### 1) De volgorde van de vier orden inzake voogdij

5. De wet onderscheidt vier wijzen van aanwijzing van de voogd, die achtereenvolgens aan bod komen:

- a) de wettelijke voogdij van de langstlevende ouder (art. 390 B.W.) of van de enige ouder (art. 395 B.W.);
- b) de testamentaire voogdij (artt. 397, 398 en 401 B.W.);
- c) de ascendentenvoogdij (art. 402 B.W.);
- d) de voogdij door de familieraad opgedragen (de datieve voogdij) (artt. 405 tot 419 B.W.).

De vier orden komen dus, in principe, na elkaar aan bod. Bij gebrek aan een voogd in de eerste orde wordt overgegaan tot de tweede orde, enzoverder.

Er wordt ook beklemtoond dat art. 397 B.W. een "troostprijs" voor de langstlevende ouder is. Aldus R.P.D.B., V° "Minorité, tutelle et émancipation", Brussel, 1936, 251, nr. 327. Vergelijk DALLOZ A., *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence*, tome XX-XII, Parijs, 1855, V° "Minorité, tutelle et émancipation", 95, nr. 135: "il était tout naturel, dit le rapporteur du tribunaat en présentant au corps législatif le titre qui nous occupe, qu'en donnant la tutelle de droit aux père et mère, on leur conférât aussi le droit de choisir un tuteur; ainsi celui des parents que la mort viendra arracher au fils dont il était le seul appui, sentira des regrets moins déchirants; il lui laisse un ami, le choix de son coeur. Il meurt, et sa tendresse vivra encore près de cet enfant que la nature abandonne. "Ceš paroles révèlent éloquentement le motif du droit accordé au dernier mourant des père et mère."

Uit die wettelijke volgorde volgt dat de testamentaire voogdij (b) slechts mogelijk is wanneer er geen wettelijke voogdij (a) van de langstlevende ouder of enige ouder is.

De langstlevende ouder kan een testamentaire voogd aanwijzen (art. 397 B.W.). Deze testamentaire voogdij (b) gaat voor op de voogdij van de ascendenten (c) of op de voogdij opgedragen door de familieraad (datieve voogdij) (d): de tekst van de artikelen 402 en 405 B.W. is op dat punt duidelijk.

#### 2) Is de testamentaire voogdij een datieve voogdij?

6. Qua terminologie is het zo dat de term "datieve voogdij" meestal alleen aangewend wordt met betrekking tot de voogdij opgedragen door de familieraad<sup>11</sup>. Maar er zijn auteurs die de term datieve voogdij ook aanwenden i.v.m. de testamentaire voogdij, d.w.z. de voogd gekozen door de langstlevende ouder op de wijze bepaald in artikel 398 B.W.<sup>12</sup>. De term "datieve voogdij" kan dus een ruimere en een engere betekenis hebben en aldus al of niet ook de testamentaire voogdij omvatten. De Franse auteurs J. Allain et M. Carré drukken dat goed uit als volgt: "Quand elle est déferée par certaines personnes auxquelles la loi a conféré ce pouvoir, on l'appelle tutelle dativ; tutelle qui se subdivise elle-même en tutelle testamentaire et tutelle dativ proprement dite. Elle est testamentaire lorsqu'elle est déferée par le dernier mourant des père et mère; dativ proprement dite, lorsqu'elle est déferée par le conseil de famille<sup>13</sup>."

Merk op dat ook in sommige romeinsrechtelijke teksten de testamentaire voogdij ook werd aangeduid als datieve voogdij<sup>14</sup>.

### C. Enkele belangrijke kenmerken van de testamentaire voogdij

7. Op de testamentaire voogdij zijn, in principe, de gemeenrechtelijke bepalingen inzake elke voogdij van toepassing. De volgende twee kenmerken van de testamentaire voogdij verdienen evenwel een bijzondere aandacht.

<sup>11</sup> Zie bijvoorbeeld *Pand. B.*, tome 124, V° "Tutelle dativ", Brussel, 1929, 635, nr. 1; DE PAGE H., o.c., II, 4e uitgave, door MASON J.P., Brussel, 1990, 1180, nr. 1263-A, en nr. 1268; SENAËVE P., *Compendium van het personen- en familierecht*, II, Leuven, 1989, 142, nr. 1071. Vergelijk i.v.m. het Franse recht DEMOLOMBE C., *Cours de code civil*, Brussel, 1850, V° "Art. 312-515, Des mineurs sous tutelle", nr. 189; *idem*, *Traité de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, Parijs, 1870, 114, nr. 189.

<sup>12</sup> Aldus CORNET A., *Les mineurs et les aliénés*, eerste uitgave, Thuillies, 1941, 95, nr. 127; DE BEUS P., *Overzicht van het burgerlijk recht*, 4e uitgave, Turnhout, 1948, 319, nr. 366-B. Vergelijk i.v.m. het Franse recht BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité de droit civil*, tome V, *Les personnes*, Parijs, 1908, 393, nr. 316.

<sup>13</sup> ALLAIN J. en CARRÉ M., *Manuel encyclopédique des juges de paix*, Parijs, 1881, 128, nr. 348; in dezelfde zin: MARCADÉ V., *Explication du Code Napoléon*, II, Parijs, 1859, 200.

<sup>14</sup> GIRARD P., *Manuel élémentaire de droit romain*, Parijs, 1929, 221, noot 1.

1) *Het verplichte karakter van de testamentair opgedragen voogdij*

8. Het kan niet genoeg beklemtoond worden, dat, in principe, de testamentaire voogdij, net zoals de wettelijke voogdij (artt. 390 en 395 B.W.) of de voogdij der ascendenten (art. 402 B.W.), een verplicht karakter heeft: in principe is de aangewezen voogd verplicht de voogdijopdracht te aanvaarden.

In die optiek wordt dan ook terecht de volgende pertinente raad gegeven: "Behoudens de gevallen van vrijstelling, onbekwaamheid of uitsluiting die voor elke voogdij gelden (artikelen 427 e.v. B.W.), is de bij testament aangestelde voogd gehouden dit ambt te aanvaarden. In sommige gevallen kan het opleggen van deze last aan een persoon die dit ongaarne zal aanvaarden, tegen het belang van de minderjarige zijn: het is dus aan te raden voorafgaandelijk zeker te zijn van de instemming door de betrokkene <sup>15</sup>."

Men verwarre dus de principes ter zake van de testamentaire voogdij niet met de principes ter zake van een (testamentair geregelde) nalatenschap. De erfgenamen of legatarissen kunnen een nalatenschap of legaat aanvaarden of verwerpen, maar (naar Belgisch recht en *de lege lata*), heeft de testamentaire voogd een dergelijk keuzerecht in principe niet m.b.t. zijn opdracht als voogd.

9. Dit alles vloeit voort uit artikel 401 B.W., dat luidt als volgt: "De voogd door de vader of moeder gekozen is niet verplicht de voogdij op zich te nemen, indien hij niet tevens behoort tot de klasse van personen die de familieraad, bij gebreke van deze bijzondere keus, met de voogdij had kunnen belasten <sup>16</sup>."

Dit artikel 401 B.W. moet o.a. in verband gebracht worden met artikel 432 B.W., als gewijzigd door de wet van 10 augustus 1909, en laatstelijk vervangen ingevolge artikel 4 van de wet van 10 maart 1975: "Niemand, die noch bloedverwant noch aanverwant is, kan worden genooddaakt een voogdij op zich te nemen, behalve wanneer er binnen vier myriameter afstand geen bloedverwanten of aanverwanten zijn, in staat de voogdij uit te oefenen." Dit artikel steekt dus schril af tegen het Franse artikel 432 B.W., als gewijzigd door de Franse wet van 14 december 1964, dat bondig bepaalt: "Celui qui n'était ni parent ni allié des père et mère du mineur ne peut être forcé d'accepter la tutelle." Het huidige Belgische recht heeft dus, in tegenstelling met het huidige Franse recht, tot gevolg dat een vreemde (man of vrouw) verplicht is de testamentaire voogdij te aanvaarden, zelfs al zijn er bloed- of aanverwanten, mits deze maar niet wonen binnen de afstand van veertig kilometer <sup>17</sup>. Met andere woorden, een derde kan niet verplicht worden een voogdij op zich te nemen als er binnen vier myriameter (40

km) afstand bloed- of aanverwanten van de minderjarige zijn <sup>18</sup>.

10. Merk op dat, volgens de rechtsleer, wanneer de langstlevende ouder een testamentaire voogd heeft gekozen, en deze daadwerkelijk geen voogd wordt om een reden van vrijstelling, onbekwaamheid of uitsluiting, de ascendentenvoogdij (art. 402 B.W.) niet openvalt, maar een datieve voogd door de familieraad aangewezen moet worden. Er wordt een tekstargument ingeroepen, namelijk de eerste zinsnede van art. 402 B.W., waar sprake is van de keuze van een voogd, zodat die keuze reeds voldoende zou zijn, zelfs al wordt de testamentaire voogd geen voogd; en verder oordeelt men dat het voldoende is dat de langstlevende ouder een voogd heeft gekozen, om de toepassing van artikel 402 B.W. inzake de ascendentenvoogdij uit te schakelen, omdat de keuze van een testamentaire voogd tevens de wil van die ouder tot uitschakeling van de wettelijke ascendentenvoogdij zou impliceren <sup>19</sup>. Dezelfde oplossing geldt wanneer de testamentaire voogdij een einde neemt na een aanvang genomen te hebben, dus bijvoorbeeld wanneer aan de testamentaire voogdij een einde komt wegens overlijden van de testamentaire voogd tijdens zijn ambt, of bij ontzetting van de voogd uit zijn ambt <sup>20</sup>.

Quid wanneer de testamentair gekozen voogd is overleden vooraleer de testator overleed: valt dan de ascendentenvoogdij open, of heeft niettemin de gedane keuze die geen uitwerking kan krijgen tot gevolg dat alleen de datieve voogdij openvalt? Sommigen stellen dat in dit geval uitsluitend de datieve voogdij openvalt (en dus niet de ascendentenvoogdij) <sup>21</sup>. Anderen stellen dat, wanneer de testamen-

<sup>18</sup> BAETEMAN G., *Personen- en gezinsrecht*, Brussel, 1988, 581, nr. 734; GERLO J., *Personen- en familierecht*, deel 3, Gent, 1989, 455; vergelijk *Pand. B.*, tome 125, Brussel, 1930, V° "Tutelle testamentaire", 408, nr. 30; SCHICKS A. en VANISTERBEEK A., o.c., II, Brussel-Leuven, 1925, 293, nr. 85.

<sup>19</sup> ARNTZ E., *Cours de droit civil français*, I, Brussel-Parijs, 1860, 353, nr. 706; CORNET A., *Les mineurs et les aliénés*, tweede uitgave, Frameries, 1949, 181, nrs. 327 en 329; DE BEUS P., o.c., Turnhout, 1948, 319, nr. 366-D; DE PAGE H., o.c., II, 4e uitgave, door MASSON J.P., Brussel, 1990, 1180, nr. 1263, en 1183, nr. 1265; DESCHAMPS L., *Encyclopédie des juges de paix*, Brussel, 1907, 149, nr. 115; GALOPIN G., *Cours de droit civil. L'état et la capacité*, Luik, 1911, 402, nr. 773; *Pand. B.*, tome 124, Brussel, 1929, V° "Tutelle dative", 636, nr. 7 en tome 125, Brussel, 1930, V° "Tutelle testamentaire", 407, nr. 17 en 409, nr. 32. Wat de rechtspraak betreft, zie o.a. BLONDY P., MORIN G., en MORIN M., *La réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation*, Parijs, 1983, tome I, 97, nr. 175; DEMOLOMBE C., o.c., Brussel, 1850, V° "Des mineurs sous tutelle", nr. 192; *idem*, *Traité de la minorité de la tutelle et de l'émancipation*, Parijs, 1870, 109, nr. 180; PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, I, Parijs, 1922, 555, nr. 1808, en 556, nr. 1813; RAISON A., *Le statut des mineurs et majeurs protégés*, Parijs, 1989, 119, nr. 220; SAYAG A., "Les grands-parents dans le droit de la famille", *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1969, 46; Toulouse, 3 december 1917, *Dall. Pér.*, 1921, 2, 33, noot A. ROUAST.

<sup>20</sup> Zelfde auteurs als vermeld in noot 19.

<sup>21</sup> BAUDRY-LACANTINIERE G., *Traité de droit civil*, tome V, *Les personnes*, Parijs, 1908, 436, nr. 360. Vergelijk ALLAIN J. en CARRÉ M.,

<sup>15</sup> TAYMANS J.F., *Rép. Not.*, V° "Les testaments (formulaire)", Brussel, 1989, 113, nr. 97.

<sup>16</sup> DE PAGE H., o.c., tome II, 4e uitgave door MASSON J.P., Brussel, 1990, 1182, nr. 1265; LAURENT F., *Principes de droit civil français*, tome IV, Brussel-Parijs, 1878, 514, nr. 399; *Pand. B.*, tome 125, Brussel, 1930, V° "Tuteur testamentaire", 408, nr. 29; *R.P.D.B.*, V° "Minorité, tutelle et émancipation", Brussel, 1936, 252, nr. 339; SCHICKS A. en VANISTERBEEK A., *Traité-formulaire de la pratique notariale*, II, Brussel-Leuven, 1925, 276, nr. 79.

<sup>17</sup> MASSON J.P., "Activité législative récente en matière de droit des personnes", *J.T.*, 1975, 395, nr. IV in fine.

taire voogd is vooroverleden, er dient gehandeld te worden alsof er nooit een testamentaire keuze van een voogd was; kortom, de ascendenten-voogdij valt dan open <sup>22</sup>.

## 2) Eenheid van de testamentaire voogdij?

11. De aandacht dient hier gevestigd te worden op het cassatiearrest van 7 mei 1954 <sup>23</sup>. Uit dit arrest wordt afgeleid dat thans, in België, de enkelvoudigheid van de voogdij geldt voor de wettelijke voogdij (artt. 390 en 395 B.W.) en voor de voogdij der ascendenten als bedoeld in artikel 402 B.W., maar zij geldt niet voor de testamentaire voogdij en de datieve voogdij <sup>24</sup>. Met de toepassing van de artikelen 397 en 398 B.W. mag de "langstlevende ouder" dus bijvoorbeeld een voogd aanstellen voor het bestuur van de persoon van de pupil en een andere voogd aanwijzen voor het bestuur van de goederen van de pupil <sup>25</sup>.

## 3) Andere kenmerken

12. Ook in geval van testamentaire voogdij bestaat de voogdij uit vier organen of instanties: de (testamentaire) voogd, de toeziende voogd, de familieraad en de rechtbank van eerste aanleg. De testamentaire voogd behoeft, zoals een andere voogd, de bijstand van een toeziende voogd die wordt aangesteld door de familieraad (art. 420 B.W.).

De testamentaire voogdij is, precies zoals een andere voogdij, in principe onbezoldigd. Men verwarre dus de testamentaire voogd (artt. 397-398 B.W.) niet met de testament-uitvoerder (artt. 1025-1034 B.W.), ook niet qua vergoeding of bezoldiging!

De testamentaire voogd dient, precies zoals andere voogden van pupillen, hun goederen te beheren als een goed

huisvader, en hij is aansprakelijk voor de schade die uit het slecht beheer mocht voortvloeien (art. 450 B.W.). Wel is het zo dat de testamentaire voogd, precies zoals andere voogden qualite qua, niet de aansprakelijkheid van de ouders heeft voor de fouten van hun minderjarige kinderen als geregeld in artikel 1384, tweede lid, B.W.

De wettelijke bepalingen inzake de bevoegdheden van de voogd en het einde van de voogdij (met inbegrip van de bepalingen inzake de voogdijrekeningen) zijn van toepassing op alle voogden, en dus ook op de testamentaire voogd. Bij de keuze van een testamentaire voogd kan men niet bepalen dat hij geen voogdijafrekening zal moeten doen <sup>26</sup>.

## D. De vorm van aanwijzing van de testamentaire voogdij

### 1) Principe: art. 398 B.W.

#### 13.a) Limitatieve opsomming van de vormen voor de keuze.

Artikel 398 bepaalt inzake de vorm van aanwijzing van de testamentaire voogd: "Dit recht kan slechts uitgeoefend worden op een van de volgende wijzen:

1° door een akte van uiterste wil;

2° door een verklaring afgelegd hetzij voor de vrederechter bijgestaan door zijn griffier, hetzij voor notaris."

De term "slechts" in artikel 398 B.W. betekent dus dat de wetgever op limitatieve wijze de vormen van de aanwijzing van een testamentaire voogd heeft bepaald.

Niettemin zijn er geen sacramentele woorden of formules vereist voor de keuze van de testamentaire voogd <sup>27</sup>. Wel moeten de aanstelling en keuze van een voogd duidelijk zijn <sup>28</sup>. Het is dus niet vereist dat de langstlevende ouder expliciet de term "voogd" gebruikt, maar voor de duidelijkheid is het wel aan te raden die klare term te gebruiken. Naar gelang van de omstandigheden kan de laatste wil van de langstlevende ouder als dubbelzinnig beschouwd worden wanneer hij zich ertoe beperkt te verklaren dat hij zijn kinderen toevertrouwt aan X, of dat hij de zorg over hen overlaat aan X. Dergelijke dubbelzinnige uitdrukkingen kunnen dus interpretatiemoeilijkheden veroorzaken.

Uit artikel 398 B.W. volgt dus dat in elk geval een geschrift vereist is <sup>29</sup>. De keuze van een voogd door de langstlevende ouder mag dus niet bewezen worden met getuigenverklaringen, ernstige en overeenstemmende vermoedens of eed.

14.b) Randopmerking 1: Het begrip "testamentaire voogdij". Merk op dat men gebruikelijk spreekt van testamentaire voogdij, zelfs wanneer de voogd niet is gekozen bij testament, maar bij verklaring afgelegd voor de vrederechter bijgestaan door zijn griffier of voor notaris, omdat het ook

*Manuel encyclopédique des juges de paix*, Parijs, 1881, 150, nr. 417; DEMOLOMBE C., o.c., Parijs, 1870, 109, nr. 180.

<sup>22</sup> AUBRY C. en RAU C., *Cours de droit civil français*, I, Parijs, 1936, 620, § 101, noot 2; MARCADÉ V., *Explication du Code Napoléon*, II, Parijs, 1859, 202. Enkele (Franse) auteurs preciseren dat, met het oog op dit geval, de langstlevende ouder een subsidiaire voogd zou kunnen kiezen, die dus voogd zou worden wanneer de eerstgekozen geen voogd kan worden bv. wegens vooroverlijden, weigering, onbekwaamheid: BLONDY P., MORIN G. en MORIN M., *La réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation*, Parijs, 1983, Tome I, 99, nr. 181.

<sup>23</sup> *Pas.*, 1954, I, 762, R.W., 1954-55, 216, J.T., 1954, 383, R.C.J.B., 1954, 176, noot R. DEKKERS.

<sup>24</sup> BAETEMAN G., *Personen- en gezinsrecht*, Brussel, 1988, 579, nr. 729; DELVA W., *Personen- en familierecht*, III, Gent, 1978, 26; SE-NAEVE P., o.c., Leuven, 1989, 143, nr. 1072; X., "Pluralité de tuteurs", *Ann. Not.*, 1948, 46-51. Voor een toepassing, zie Kort ged. Rb. Luik, 19 maart 1986, *Ann. Dr. Liège*, 1989, 288. Contra: LAURENT F., *Traité de droit civil français*, tome IV, Brussel-Parijs, 1878, 482, nr. 369.

<sup>25</sup> DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, 3e uitgave, Brussel 1964, 137, nr. 133; *idem*, tome II, 4e uitgave, door MASSON J.P., Brussel, 1990, 1228, nr. 1326; MAGNIN A., *Traité des minorités, tutelles et curatelles...*, Brussel, 1835-1836, 141; vergelijk Cass., 7 mei 1954, l.c., Zie i.v.m. het Franse recht BLONDY P., MORIN G. en MORIN M., *La réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation*, Parijs, 1983, tome I, 99, nr. 181; DEFRENOIS C., *Traité pratique et formulaire général du notariat*, VI, Parijs, 1914, 172, nr. 13339; VAN CAMELBEKE M., in *Juris Classeur, Législation comparée*, V° "France", fascicule 1, Parijs, 1987, 15.

<sup>26</sup> LAURENT F., *Principes de droit civil français*, tome XI, Brussel-Parijs, 1878, 591, nr. 452; *Pand. B.*, tome 125, Brussel, 1930, V° "Tutelle testamentaire", 410, nr. 43.

<sup>27</sup> Vergelijk DALLOZ, *Encyclopédie juridique. Répertoire de droit civil*, tome V, Parijs, 1955, 436, nr. 96.

<sup>28</sup> Vergelijk RAISON A., *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, Parijs, 1989, 118, nr. 214; Cass. fr., 2 februari 1988, *Rép. De-frénois*, 1988, art. 34255, 736, nr. 50, noot J. MASSIP.

<sup>29</sup> Rb. Nijvel, 30 mei 1979, *Rev. Not. B.*, 1979, 366, bevestigd door Brussel, 14 mei 1980, J.T., 1981, 61.

in deze gevallen een laatste wilsbeschikking betreft<sup>30</sup>. Een tweede reden is dat de in artikel 397 B.W. bedoelde voogd meestal gekozen wordt bij testament: dus "testamentaire voogdij" wegens het quod plerumque fit, qua vorm van de keuze<sup>31</sup>.

15.c) *Randopmerking 2: het betreft een laatste wilsbeschikking*. Dat het om een laatste wilsbeschikking gaat, blijkt duidelijker uit de Franse tekst dan uit de Nederlandse tekst van art. 397 B.W. In de Nederlandse tekst is er sprake van een keuze van een voogd door de langstlevende der ouders, maar die keuze betreft natuurlijk een voogd voor de periode na het overlijden van de langstlevende ouder, en niet voor de periode tijdens welke die langstlevende ouder nog in leven is. De Franse tekst van art. 397 B.W. laat o.i. daar minder twijfel over bestaan, wegens het gebruik van de termen "au dernier mourant des père et mère"<sup>32</sup>. Kortom, de testamentaire voogdij betreft de voogdij na het overlijden van de langstlevende ouder (of van de enige ouder); maar de langstlevende ouder of enige ouder kan tijdens zijn leven de voogdij die hij uitoefent niet doen waarnemen door een voogd die hij zou aanwijzen<sup>33</sup>.

## 2) De keuze van een voogd bij testament

16. Artikel 398, 1°, B.W. houdt in dat de testamentaire voogd aangewezen kan worden bij testament. Onverschillig welk (rechtsgeldig) testament komt in aanmerking: het eigenhandige testament, het internationale testament, het authentieke of notariële testament.

Merk op dat niet vereist is dat het testament ook laatste wilsbeschikkingen in verband met de nalatenschap bevat;

<sup>30</sup> LAURENT F., *Principes de droit civil français*, tome IV, Brussel-Parijs, 1878, 510, nr. 396; MAGNIN A., *Traité des minorités, tutelles et curatelles...*, Brussel, 1835-1836, 140; *Pand. B.*, V° "Tutelle testamentaire", Brussel 1930, 405, nr. 3; *R.P.D.B.*, V° "Minorité, tutelle et émancipation", 251, nr. 327. Vergelijk DE PAGE H., o.c., tome VIII, Brussel, 1947, 912, nrs. 798 en 799. Zie i.v.m. het Franse recht AUBRY C. en RAU C., *Cours de droit civil français*, tome I, Parijs, 1936, 603, noot 2: BAUDRY-LACANTINERIE G., *Traité de droit civil*, tome V, *Les personnes*, Parijs, 1908, 426, nr. 350; COLIN A., en CAPITANT H., *Cours de droit civil français*, deel I, Parijs, 1934, 499, nr. 485; DEMOLOMBE C., o.c., Parijs, 1870, 97, nr. 153; PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, Parijs, 1922, 555, nr. 1807.

<sup>31</sup> PLANIOL M., o.c., I, Parijs, 1922, 555, nr. 1807.

<sup>32</sup> AUGAN A., *Cours de notariat*, Luik, 1845, 126; GALOPIN G., *Cours de droit civil. L'état et la capacité*, Luik 1911, 401, nr. 770. Vergelijk i.v.m. het Franse recht BAUDRY-LACANTINERIE G., *Traité théorique et pratique de droit civil*, tome V, *Les personnes*, Parijs, 1908, 426, nr. 350; DALLOZ A., *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence*, tome XXXII, Parijs, 1855, 96, nr. 138.

<sup>33</sup> BAETEMAN G., GERLO J., GULDIX E., DE MULDER W. en DE WIT R., "Overzicht van rechtspraak (1981-1987). Personen- en familie-recht", *T.P.R.*, 1988, 613, nr. 325; CORNET A., o.c., *Frameries*, 1949, 176, nrs. 318 en 319; Vred. Gent (7e kanton), 29 december 1982, *T. Vred.*, 1987, 8. Vergelijk i.v.m. het Franse recht ALLAIN J. en CARRE M., o.c., Parijs, 1881, 148, nr. 407; AUBRY C. en RAU C., *Cours de droit civil français*, I, Parijs, 1936, 618, § 100; DEMOLOMBE C., o.c., Parijs, 1870, 100, nr. 160.

het testament mag eventueel beperkt zijn tot een keuze van een voogd<sup>34</sup>.

Een brief die eigenhandig is geschreven, gedagtekend en ondertekend, kan als een eigenhandig testament beschouwd worden in de zin van art. 398 B.W.<sup>35</sup>, als in de zin van art. 970 B.W.<sup>36</sup>.

Het verdient evenwel aanbeveling dat de langstlevende ouder een authentiek of notariel testament opmaakt. Een eerste klassieke reden is dat het eigenhandig testament blootstaat aan de risico's van verlies, vernietiging door overmacht en zelfs kwaadwillige vernietiging door derden; het authentieke testament daarentegen wordt door de notaris bewaard en overigens ingeschreven in zijn repertorium. Verder is een authentiek of notariel testament aanbevelenswaardig, ten einde te vermijden dat de titel van aanwijzing van de testamentaire voogd betwist wordt. Immers, de aanwijzing van een testamentaire voogd bij een eigenhandig testament heeft tot gevolg dat de aldus aangewezen voogd stellig niet kan optreden zolang het geschrift of de handtekening van het eigenhandige testament betwist worden. Het eigenhandige testament heeft slechts de bewijswaarde van een onderhands geschrift en de ontkenning van het geschrift of van de handtekening door de belanghebbenden heeft tot gevolg dat het geen uitwerking kan krijgen zolang het geschrift niet in rechte is erkend (artt. 1323 en 1324 B.W.)<sup>37</sup>. Welnu, die principes gelden ook voor het eigenhandig testament met keuze van een testamentaire voogd<sup>38</sup>. Het besluit is dus dat,

<sup>34</sup> DE PAGE H., o.c., tome VIII, Brussel, 1947, 916, nr. 802, en 948, nr. 826; DILLEMANS R., *Testamenten*, Antwerpen-Utrecht, 1977, 329, nr. 163; DILLEMANS R., PUELINCKX-COENE M., PINTENS W., en TORFS N., "Overzicht van rechtspraak (1970-1984). Schenkingen en testamenten", *T.P.R.*, 1985, 652, nr. 156; MATTHIJS J., "Uit de praktijk. Over de geldigheid van het testament dat alleen extrapatrimoniale beschikkingen bevat", *T. Not.*, 1963, 177; *Pand. B.*, tome 107, Brussel, 1913, V° "Testament en général", 240, nr. 10; SACE J., in *Rép. Not.*, V° "Les testaments (fond)", Brussel, 1990, 59, nr. 1, 71, nr. 12, en 263, nr. 325; Gent, 15 maart 1962 *T. Not.*, 1963, 179.

<sup>35</sup> Voor een aanduiding van een testamentaire voogd bij brief, zie en vergelijk i.v.m. het Franse recht BLONDY P., MORIN G., en MORIN M., *La réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation*, tome I, Parijs, 1983, 100, nr. 183; RAISON A., *Le statut de mineurs et majeurs protégés*, Parijs, 1989, 117, nr. 214; Cass. fr., 9 februari 1988, *Rép. Defrénois*, 1988, art. 34.255, 736, nr. 50, noot J. MASSIP.

<sup>36</sup> JACOBS H., in *Rép. Not.*, V° "Les testaments (formes)", Brussel, 1985, 75, nr. 65, en de vele verwijzingen aldaar; RAUCENT L., *Les libéralités*, Brussel, 1979, 171, nr. 16; Bergen, 28 februari 1977, *Pas.*, 1977, II, 189.

<sup>37</sup> DE PAGE H., o.c., tome VIII, Brussel, 1028, nr. 914; DILLEMANS R., *Testamenten*, Antwerpen-Utrecht, 1977, 169, nr. 99; DILLEMANS R., PUELINCKX-COENE M., PINTENS W., en TORFS N., "Overzicht van rechtspraak (1970-1984). Schenkingen en testamenten", *T.P.R.*, 1985, 607, nr. 93; JACOBS H., in *Rép. Not.*, V° "Les testaments (formes)", Brussel, 1985, nrs. 26a en 132; Rb. Veurne, 28 juni 1977, *R.W.*, 1979-80, 2108, *Rec. gén. enr.*, 1980, 451, nr. 22.554; Brussel 19 november 1978, *T. Not.*, 1982, 298, noot C.D.B.; Rb. Dinant, 5 november 1986, *Rev. Not. B.*, 1987, 163; Rb. Antwerpen 29 januari 1986, *T. Not.*, 1989, 152.

<sup>38</sup> CORNET A., *Les mineurs et les aliénés*, *Frameries*, 1949, 178, nr. 326; DE PAGE H., o.c., deel II, door J.P. MASSON, Brussel, 1990, 1183, nr. 1265, en 1186, noot 1; SCHICKS A., en VANISTERBEEK A., *Traité-formulaire de la pratique notariale*, tome II, Brussel, 1925, 277, nr.

bij voorkeur, een testamentaire voogd bij notarieel testament moet worden gekozen. Deze oplossing heeft ook het bijkomend voordeel dat enkele i.p.r.-problemen worden ontweken, nu niet in alle landen het eigenhandig testament bestaat.

Herinneren we er ten overvloede aan dat de neerlegging van het eigenhandig testament overeenkomstig huidig artikel 976 B.W. of vroeger artikel 1007 B.W. de bewijskracht van het eigenhandig testament geenszins verhoogt, zelfs niet wanneer het het eigenhandig testament houdende keuze van een voogd betreft <sup>39</sup>.

17. Wat de keuze van een testamentaire voogd bij authentiek testament betreft, kan nog ten overvloede gewezen worden op de commentaren volgens welke er geen wettelijk bezwaar bestaat tegen het feit dat de testator tot testamentaire voogd aanwijst de persoon die als vormgetuige optreedt in het authentieke testament <sup>40</sup>. Het verdient o.i. niettemin voorkeur een andere getuige te nemen, om te vermijden dat geargumenteed wordt dat de testator bij de keuze van de voogd beïnvloed werd door de getuige die de testator precies tot testamentaire voogd kiest in het testament in kwestie.

### 3) De keuze van een voogd bij verklaring voor de vrederechter

18. Artikel 398, 2°, B.W. houdt in dat de testamentaire voogd ook gekozen kan worden "door een verklaring afgelegd voor de vrederechter bijgestaan door zijn griffier." Modellen van dergelijke akten van de vrederechter zijn gepubliceerd <sup>41</sup>.

### 4) De keuze van een voogd bij verklaring afgelegd voor notaris

19. Artikel 398, 2°, B.W. bepaalt bovendien dat de testamentaire voogd ook gekozen kan worden door een verklaring afgelegd voor notaris. Die verklaring dient opgenomen te worden in een notariële akte die voldoet aan de vereisten bepaald in de Ventôsewet. Een notaris kan die akte verlijden zonder bijstand van instrumentaire getuigen <sup>42</sup>. Eén no-

taris alleen kan de akte verlijden. Het optreden van twee notarissen is niet vereist.

Modellen van een dergelijke notariële akte van keuze van een testamentaire voogd zijn gepubliceerd <sup>43</sup>.

Merk op dat in het buitenland een Belgische ouder zich desgewenst ook tot een Belgische diplomatieke of consulaire ambtenaar met notariële bevoegdheid kan wenden om deze akte te laten opstellen, en dit op grond van de Belgische wet van 10 juli 1931 inzake de notariële bevoegdheid van bepaalde diplomatieke en consulaire agenten.

Ten overvloede kan beklemtoond worden dat een dergelijke akte als bedoeld in artikel 398, 2°, B.W. geen andere laatste wilsbeschikkingen mag bevatten, niet alleen niet in verband met de goederen van de nalatenschap, maar zelfs niet in verband met de regeling van de begrafenis. Het betreft dus een "speciale" akte.

## E. Wie kan een testamentaire voogd kiezen? Voor welke kinderen kan een testamentaire voogd gekozen worden?

### 1) Principe: art. 397 B.W. Het persoonlijk en zelfstandig keuzerecht van de langstlevende ouder

20. Artikel 397 B.W. bepaalt: "Het recht om een bloedverwant of een vreemde tot voogd te kiezen, behoort persoonlijk en uitsluitend aan de langstlevende der ouders."

Dit recht komt aan de langstlevende vader of moeder toe, zonder onderscheid naar geslacht.

21. De term "persoonlijk" in de Nederlandse tekst en de termen "le droit individuel" in de Franse tekst betekenen blijkens de rechtsleer dat de langstlevende ouder alleen en volledig zelfstandig zijn keuze mag doen.

De keuze van een voogd door de langstlevende ouder moet dus niet bekrachtigd worden door de familieraad <sup>44</sup>;

worden (W.d.V., "Rechtsvragenrubriek", *W.P.N.R.*, 1983, nr. 5662, 528-529).

<sup>43</sup> Zie bv. CHOTTEAU A. en BASTINE L., *Formulaire général des actes notariés*, II, Brussel, 1876, 1035; GOUGNARD D., *Nouveau dictionnaire ou encyclopédie du notariat*, tome XXIV, Edingen, 1933-1934, V° "Tutelle", 230, nr. 10; MATON A., *Dictionnaire de la pratique notariale*, tome V, Brussel, 1885, 717, nr. 13; SCHICKS en VANISTERBEEK, *Traité-formulaire de la pratique notariale*, tome II, Brussel-Leuven, 1925, 277, nr. 79. Een model in de Nederlandse taal staat in SCHICKS A., *Formulierboek ten gebruike van de notarissen*, vertaald door JACOBS H., Brussel-Leuven, 1910, 35; omgezet in moderne spelling luidt dit model als volgt: "Voor Ons... Is verschenen: M.,..., die gebruik makende van het recht toegekend aan de overlevende vader of de overlevende moeder door artikel 397 van het Burgerlijk Wetboek, Ons heeft verklaard de voogdij van zijn minderjarige kinderen (identiteit) of diegenen die bij zijn overlijden nog zullen bestaan, toe te vertrouwen aan zijn broer M., welke hij verkiest en tot voogd benoemt met verzoek deze last te willen op zich nemen en te dragen zoals de verschijner zelf. Waarvan akte, enz..."

<sup>44</sup> CORNET A., *Les mineurs et les aliénés*, Frameries, 1949, 176, nr. 318; DE PAGE H., o.c., tome II, 4e uitgave door MASSON J.P., Brussel, 1990, 1183, nr. 1265; PAUWELS J.M., o.c., boekdeel 3, Leuven, 1986, 175, nr. 17.118; R.P.D.B., V° "Minorité, tutelle et émancipation", Brussel, 1936, 253, nr. 353. Vergelijk i.v.m. het Franse recht BAUDRY-LACANTINERIE G., o.c., V, Parijs, 1908, 426, nr. 350; DALLOZ A., *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence*, tome XXXII, Parijs, 1855, 96, nr. 96, die preciseert: "Cela est évident. L'action

79, noot 1; Brussel, 21 maart 1923, *Pas.*, 1924, II, 21, *Rev. Prat. Not.*, 1924, 575, dat Rb. Brussel 19 juli 1922, *Pas.*, 1924, II, 21, wijzigd.

<sup>39</sup> Zeer expliciet: Brussel, 21 maart 1923, *Pas.*, 1924, II, 21, *Rev. Prat. Not.*, 1924, 575.

<sup>40</sup> *Pand. B.*, tome 113, Brussel, 1913, V° "Testament authentique par acte public", 340, nr. 181 en tome 125, V° "Tutelle testamentaire", Brussel, 1930, 410, nr. 47; *R.P.D.B.*, V° "Minorité, tutelle et émancipation", Brussel, 1936, 253, nr. 354.

<sup>41</sup> Zie bv. CORNET A., *Les mineurs et les aliénés*, eerste uitgave, Thuillies, 1941, 126, model XXVII, en tweede uitgave, Frameries, 1949, 179, model XXXIX; *Pand. B.*, tome 45, Brussel, 1893, V° "Formules (procédure civile et commerciale)", 728, nr. 1890.

<sup>42</sup> Zie de in noot 43 vermelde Belgische modellen. Vergelijk i.v.m. het Franse recht COLIN A. en CAPITANT H., *Cours de droit civil français*, tome I, Parijs, 1934, 499, nr. 485; *Juris Classeur*, V° "Tutelle", art. 393 à 448, C.c. fr., Parijs, 1980, nr. 17. De specifieke vormvereisten van het authentieke testament zijn niet van toepassing: BLONDY P., MORIN G. en MORIN M., *La réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation*, Parijs, 1983, tome I, 100, nr. 183. Dezelfde oplossing geldt ook in Nederland: de bijzondere notariële akte houdende keuze van een testamentaire voogd als bedoeld in artikel 292 Ned. B.W., kan zonder vormgetuigen verleden

wel gaat de (eerste) familieraad na of er ten aanzien van de testamentaire voogd, geen reden van onbekwaamheid of uitsluiting is.

De term persoonlijk ("individueel") in art. 397 B.W. betreffende de testamentaire voogdij kan ook begrepen worden in de zin van: "door één persoon alleen", en wijst aldus op het onderscheid met de collectieve keuze en opdracht door meerdere personen gezamenlijk, namelijk de leden van de familieraad, in geval van datieve voogdij<sup>45</sup>.

22. De keuze van een testamentaire voogd is een rechtshandeling die, precies zoals een testament, niet verricht kan worden bij volmacht.

De langstlevende echtgenoot moet zelf kiezen: hij kan de keuze niet aan een derde en ook niet aan de pupil overlaten. De "tutoris optio" uit het Romeinse recht (ten behoeve van de vrouwen onder voogdij) bestaat dus niet. Hier kan het probleem van een zeker medezeggenschap van een mondige pupil opgeworpen worden. Maar in het Belgische Burgerlijk Wetboek bestaat die medezeggenschap niet, in geen enkele voogdij. Wat niet uitsluit dat de familieraad de mondige minderjarige toch zou kunnen horen om na te gaan of een voogdij van een bepaalde persoon hem niet tot nadeel zou kunnen strekken. Hiervoor kan men steun vinden in de rechtsvergelijking<sup>46</sup>.

23. De term "ouder" houdt in dat uitsluitend een ouder (eerste graad) en niemand anders een testamentaire voogd mag aanwijzen. Kortom, naar Belgisch recht hebben de grootouders en andere familieleden niet het recht een testamentaire voogd te kiezen.

Ook de testamentaire voogd heeft niet het recht op zijn beurt een testamentaire voogd aan te wijzen voor het geval dat hij zou overlijden vooraleer de pupil meerderjarig is.

Hier kan aangestipt worden dat in sommige landen de grootouder die de voogdij heeft, een testamentaire voogd mag kiezen (bv. Algerije, Brazilië).

24. De termen "langstlevende ouder" beletten niet dat, zo de twee ouders in leven zijn, zij een ieder reeds een testamentaire voogd kunnen kiezen op het ogenblik dat beiden nog in leven zijn. Met andere woorden, een ouder mag steeds een testamentaire voogd kiezen, hoewel de andere ouder nog leeft, dus in de periode dat men nog niet weet welke ouder het langst leeft. Maar de keuze geschiedt dan uitdrukkelijk of impliciet onder de opschortende voorwaarde dat de ouder die de keuze doet, het langst leeft, dus langer leeft dan de andere ouder. Dit betekent dus dat de keuze van de testamentaire voogd niet nietig is, omdat de langst-

levende ouder reeds de keuze gedaan heeft in een akte opgesteld in de periode dat de andere ouder nog leefde<sup>47</sup>. De akte houdende keuze van een testamentaire voogd door de eerststervende ouder zal natuurlijk geen uitwerking krijgen; alleen de aanstelling door de ouder die uiteindelijk de langstlevende ouder is, kan rechtsgevolgen hebben.

## 2) Internationaal privaatrecht. Een ouder van een kind met vreemde nationaliteit

25. Naar Belgisch internationaal privaatrecht wordt de mogelijkheid van een testamentaire voogdij beheerst door de wet van het personeel statuut van het betrokken kind, dus door de nationale wet van het kind (art. 3, derde lid, B.W.), en bijgevolg niet door de nationale wet van de testator of van de aangewezen persoon<sup>48</sup>.

Wanneer derhalve de aldus aangewezen toepasselijke wet de testamentaire voogdij niet kent, kan de ouder geen testamentaire voogd kiezen.

26. Hier kan aangestipt worden dat in vele landen de testamentaire voogdij wettelijk bestaat en geregeld is<sup>49</sup>. De testamentaire voogdij bestaat aldus in de ons omringende landen (Nederland, Duitsland, het Groothertogdom Luxemburg en Frankrijk), en verder in Italië, Monaco (art. 337 B.W.), Spanje (art. 204 B.W.), Oostenrijk (art. 196 B.W.), Portugal (art. 143 B.W.), enz.

De testamentaire voogdij bestaat ook in enkele landen van Afrika, zowel in Noordafrikaanse landen, en meer bepaald in Algerije en Marokko, als in Zwartafrikaanse landen, zoals Senegal<sup>50</sup>. Blijkens de *Juris Classeur*, V° "Légis-

<sup>47</sup> Vergelijk i.v.m. het Franse recht BLONDY P., MORIN G., en MORIN M., *La réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation*, Parijs, 1983, Tome I, 98, nr. 177; FOSSIER T., noot onder Cass. fr., 9 februari 1988, *J.C.P.*, (éd. Not.) 1988, II, 317; PLANIOL M. en RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français*, tome I, Parijs, 1952, 535, nr. 469; RAISON A., *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, Parijs, 1989, 118, nr. 215.

<sup>48</sup> GRAULICH P., *Principes de droit international privé. Conflit de lois. Conflit de juridictions*, Parijs, 1961, 79, nr. 100; POULLET P., *Manuel de droit international privé belge*, 3e uitgave, Gent-Brussel, 1947, 472, nr. 397. Vergelijk ook ERAUW J., *Beginnels van Belgisch privaatrecht*, Gent, 1985, 202; GANSHOF L. en VAN BUGGENHOUT C., *La protection des biens des mineurs dans les relations internationales*, Société belge de droit international, Colloque sur la protection des mineurs dans les relations internationales, Brussel, 27 oktober 1978, première partie, 9, en deuxième partie, 23, nr. 9; LAURENT F., *Le droit civil international*, tome VI, Brussel-Parijs, 1881, 97, nr. 50, en 101, nr. 52; RIGAUX F. en ZORBAS G., *Les grands arrêts de la jurisprudence belge - Droit international privé*, Brussel, 1981, 152; VERWILGHEN M., "Conflits de lois relatifs à la protection de la personne des mineurs", *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 11, nr. 12. Vergelijk de rechtspraak in verband met de organisatie van de voogdij met betrekking tot Marokkaanse minderjarigen: Vred. Sint-Gillis-bij-Brussel, 25 maart 1986, 28 juli 1989 en 27 februari 1990, respectievelijk in *T. Vred.*, 1987, 165, noot A. VAN MENSEL, 1990, 114, en 1990, 148.

<sup>49</sup> Zie o.a. NUYTINCK H., "La tutelle des mineurs dans les législations étrangères", *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 353, nr. 4-C; NUYTINCK H. en GOTZEN R., "Voogdij over minderjarigen, Een voorstel tot hervorming", *Acta Falconis*, 1983, nr. 4, 89-92.

<sup>50</sup> Wat de testamentaire voogdij met betrekking tot een minderjarige Marokkaan betreft, zie COLOMER A., in *Juris Classeur Législation comparée*, V° "Maroc. Le statut musulman", fascicule 2 (1er cahier), Parijs, 1985, 9, nr. 38; ROMMEL G., "Le statut personnel ma-

de la puissance paternelle n'est pas dépendante du conseil de famille, autrement elle cesserait d'être"; RAISON A., *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, Parijs, 1989, 118, nr. 216.

De testamentaire voogdij bestaat aldus, vooraleer de familieraad is samengesteld, en dit in tegenstelling met de datieve voogdij sensu stricto: de voogdij opgedragen door de familieraad vergt dus dat eerst de familieraad door de vrederechter wordt samengesteld (ARNTZ E., *Cours de droit civil français*, I, Brussel-Parijs, 1860, 345, nr. 683).

<sup>45</sup> LAURENT F., o.c., tome IV, Brussel-Parijs, 1878, 510, nr. 396; R.P.D.B., V° "Minorité, tutelle et émancipation", Brussel, 1936, 251, nr. 327. Vergelijk i.v.m. het Franse recht DEMOLOMBE C., *Traité de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, Parijs, 1870, 96, nr. 151.

<sup>46</sup> Zie infra nr. 26.

lation comparée", komt de testamentaire voogdij ook voor in de wetgeving van verscheidene Zuid- en Middenamerikaanse staten zoals Argentinië (art. 383 B.W.), Brazilië (artt. 406-445 B.W.), Chili (art. 353 B.W.), Colombië (artt. 443-462 B.W.), Costa-Rica (art. 163 B.W.), Ecuador (artt. 400-409 B.W.), Mexico (art. 461 B.W.), El Salvador (artt. 373-392 B.W.) en Uruguay (art. 320 B.W.).

Wel zal men telkens rekening houden met de verschillende modaliteiten van de testamentaire voogdij in de toepasselijke wet. Aldus is in België, Frankrijk, het Groothertogdom Luxemburg en Portugal de voogdij in principe verplicht voor de gekozen voogd, terwijl in andere landen, zoals Marokko en Nederland, de testamentair gekozen voogd de voogdijopdracht mag weigeren, al of niet binnen een precieze wettelijke termijn<sup>51</sup>. In enkele landen is uitdrukkelijk een zeker toezicht van de rechter op de keuze van de testator geregeld; de keuze van een testamentaire voogd moet soms aanvaard worden door de rechter (bv. Argentinië, Colombië, Marokko) of kan er opzij geschoven worden alleen in geval van ernstige redenen. In bepaalde landen is het zo dat de keuze van de testamentaire voogd opzij geschoven kan worden in geval van gebrek aan instemming van de minderjarige pupil van een bepaalde leeftijd (hier veertien jaar (Portugal), daar zestien jaar (Italië), enz.<sup>52</sup>.

Kortom, de ouder van een vreemd kind dient dus rekening te houden met de nationale wet van het kind inzake de mogelijkheid en alle specifieke modaliteiten van de testamentaire voogdij.

### 3) De "langstlevende" ouder van een verlengd minderjarige

27. De "langstlevende" ouder van een verlengd minderjarige kan een testamentaire voogd voor dit kind kiezen<sup>53</sup>.

rocain", *T. Vred.*, 1980, 222, nrs. 36 en 37; *idem*, "Inrichting van de Maghrebijnse voogdij en internationale openbare orde", *R.W.*, 1984-85, 1627; TAVERNE M., *Le droit familial maghrébin et son application en Belgique*, Brussel, 1981, 101, nr. 260; *Vred. Sint-Gillisbij-Brussel*, 25 maart 1986, *T. Vred.*, 1987, 165, noot A. VAN MENSEL. Merk op dat in Marokko de meerderjarigheidsgrens vastgesteld is op 21 jaar!

Wat de testamentaire voogdij met betrekking tot een minderjarige Algerijn betreft, zie SALAH-BEY M., in *Juris Classeur. Législation comparée*, V° "Algérie", Parijs, 1988, 13, nr. 79; TAVERNE M., *o.c.*, Brussel, 1981, 97, nr. 247. Merk op dat in Algerije de meerderjarigheidsgrens is vastgesteld op 18 jaar.

Wat de testamentaire voogdij in het islamietische recht in het algemeen betreft, zie EL GHAMRAWI, *La protection légale des mineurs en droit comparé*, Parijs, 1929, 222, die erop wijst dat de door de vader gekozen testamentaire voogd op zijn beurt een testamentaire voogd kan kiezen voor na zijn dood, welke voorafgaat op de voogdij van andere familieleden.

Wat het recht van Senegal betreft, zie BOUREL P., in *Juris Classeur. Législation comparée*, V° "Sénégal", Parijs, 1979, 18, nr. 156.

<sup>51</sup> Wat Marokko betreft, zie COLOMER A., *o.c.*, l.c. Wat Nederland betreft, zie art. 280 Ned. B.W.; PITLO, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, deel 1, *Personen- en familierecht*, Arnhem, 1985, 490; NUYTINCK H., *o.c.*, *Rev. Trim. dr. Fam.*, 1980, 353, nr. 4-C.

<sup>52</sup> NUYTINCK H., *o.c.*, l.c.

<sup>53</sup> MASSON J.P., noot onder Brussel, 28 mei 1974, *J.T.*, 1974, 517, nr. 2; MARCHAL P., *Rép. Not.*, V° "Les incapables majeurs", Brussel, 1984, 126, nr. 149; TAYMANS J.F., in *Rép. Not.*, V° "Les testaments (formulaire)", Brussel, 1989, 113; VIEUJEAN E., "La minorité pro-

In de praktijk komt het af en toe voor dat de langstlevende ouder van een verlengd minderjarige vragen heeft in verband met de (testamentaire) voogdij over zijn kind na het overlijden van die langstlevende ouder. Tegenover die terecht bezorgdheid van de langstlevende ouder staat, gelukkig maar, de wettelijke mogelijkheid van een testamentaire voogdij.

28. Merk op dat indien het ouderlijke gezag vervangen is door de bijzondere voogdij overeenkomstig artikel 487<sup>quater</sup> B.W., de langstlevende ouder, die het ouderlijke gezag dus niet meer heeft, geen testamentaire voogd kan aanwijzen. Bij het overlijden van de langstlevende ouder gaat de bijzondere voogdij van art. 487<sup>quater</sup> B.W. ononderbroken verder.

### 4) De ouder van een meerderjarige, onbekwaamverklaarde persoon

29. Het stelsel der verlengde minderjarigheid steekt, qua zorg voor de onbekwame, schril af tegen het stelsel der onbekwaamverklaring van een meerderjarige in de zin van de artikelen 489 tot 512 B.W. In geval van onbekwaamverklaring van een meerderjarige persoon valt de voogdij open, en het betreft steeds een datieve voogdij. Hierop geldt één uitzondering, namelijk artikel 506 B.W., volgens hetwelk iedere echtgenoot van rechtswege voogd is over de andere onbekwaamverklaarde echtgenoot. Er is in elk geval geen sprake van testamentaire voogdij in geval van onbekwaamverklaring<sup>54</sup>.

De langstlevende ouder van een onbekwaamverklaard kind kan geen testamentaire voogd aanwijzen. Bij overlijden van de langstlevende ouder loopt de bestaande datieve voogdij gewoon verder.

### 5) Een ouder in aanwezigheid van de andere onbekwaamverklaarde ouder

30. Quid met de testamentaire voogdij met betrekking tot het minderjarige kind van een geestesgezonde ouder en een geesteszieke, onbekwaamverklaarde ouder die al of niet onderling gehuwd zijn? Welnu, de geestesgezonde ouder kan geen testamentaire voogd aanwijzen voor dit gemeenschappelijke kind met betrekking tot het geval dat hij eerst zou overlijden, omdat die geesteszieke ouder dan de langstlevende ouder is, en de eerststervende ouder geen testamentaire voogd mag kiezen, ook niet in dit geval van onbekwaamverklaring van een ouder. Het in leven zijn van de (langstlevende) onbekwaamverklaarde ouder vormt een wettelijk beletsel tegen de keuze van een testamentaire voogd door de geestesgezonde doch eerstoverleden ouder.

Het is evident dat, wanneer de onbekwaamverklaarde ouder eerst overlijdt, de langstlevende geestesgezonde ouder dan wel een testamentaire voogd kan kiezen.

longée", *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1977, 61, nr. 28; Rb. Antwerpen, 6 mei 1976, *R.W.*, 1977-78, 946.

<sup>54</sup> DE PAGE H., *o.c.*, tome II, 3e uitgave, Brussel, 1964, 321, nr. 350; *idem*, *o.c.*, tome II, 4e uitgave, door MASSON J.P., Brussel, 1990, 1428, nr. 1594; *Pand. B.*, tome 125, Brussel, 1930, V° "Tutelle testamentaire", 406, nr. 6.

## 6) Een enige ouder van een kind

31. De tekst van de artikelen 397 en 402 B.W. vermeldt de langstlevende der ouders, als persoon die het recht heeft om een testamentaire voogd te kiezen. Deze tekst zou, bij een letterlijke interpretatie, in die zin uitgelegd kunnen worden dat hij slechts betrekking heeft op het geval van minderjarigen die twee juridische ouders hebben gehad (afgezien van het feit of de ouders al of niet onderling gehuwd waren, wat ter zake irrelevant is). Maar de vraag rijst of die uitleg wel opgaat, in acht genomen de principes van de nieuwe afstammingswet van 31 maart 1987, en de afschaffing van oud art. 401bis B.W. bij deze wet. Het afgeschafte artikel 401bis B.W. bepaalde immers: "De natuurlijke vader of moeder die het natuurlijk kind erkend heeft, of in geval van dubbele erkenning de langstlevende, heeft het recht een voogd te kiezen, met inachtneming van de vormen en binnen de perken in deze afdeling bepaald." Kan men redelijkerwijze beweren dat, met de afschaffing van artikel 401bis B.W., de wetgever ook het recht voor de enige (natuurlijke) ouder om een testamentaire voogd te kiezen wou afschaffen? Had deze afschaffing niet louter de bedoeling de wettige en natuurlijke kinderen op dezelfde voet te plaatsen (vgl. nieuw artikel 334 B.W.)?

De meeste auteurs stellen dan ook – o.i. terecht – dat de termen "langstlevende der ouders" ook de enige ouder omvatten, die, nu geen andere ouder met een juridische afstammingsband ten opzichte van het kind bestaat, wel als (juridisch) langstlevende ouder beschouwd dient te worden<sup>55</sup>. Enkele andere auteurs evenwel oordelen dat de wetgever een lacune heeft ingebouwd naar aanleiding van de hervorming van het afstammingsrecht bij de wet van 31 maart 1987, en dat de enige ouder geen testamentaire voogd kan kiezen<sup>56</sup>. In elk geval leert de minderheidsstelling dat

de wetgever de technische fout ongedaan moet maken door de tekst van de artikelen 397 en 402 B.W. aan te passen.

32. Merk op dat een Belgisch auteur preciseert dat, indien in de loop van de testamentaire voogdij de afstamming ten opzichte van de andere ouder komt vast te staan, deze laatstvermelde dan wettelijke voogd wordt<sup>57</sup>. In verband met het Franse recht schrijven enkele auteurs dat de erkenning door de tweede ouder na het overlijden van de eerste ouder niet automatisch een einde maakt aan de testamentaire voogdij ingesteld door de eerste ouder, maar de tweede ouder zou thans aan de juge des tutelles het bestuur over de minderjarige kunnen vragen en die tweede ouder heeft dan het recht een testamentaire voogd voor de periode na zijn overlijden aan te stellen<sup>58</sup>.

## 7) De minderjarige "langstlevende" ouder

33. De minderjarige "langstlevende" ouder is, precies zoals een minderjarige, bekwaam een testamentaire voogd te kiezen<sup>59</sup>. Dit is niet verwonderlijk: een minderjarige ouder heeft het ouderlijk gezag met alle attributen, precies zoals een meerderjarige ouder.

Merk op dat de langstlevende ouder een minderjarige niet tot voogd kan kiezen; om preciezer te zijn: de gekozen voogd dient meerderjarig te zijn bij het openvallen van de voogdij.

grettable dans le cas d'une filiation unique – le seul auteur reconnaissant restera privé du droit à la dévolution testamentaire de la tutelle tant que l'article 397 ne sera pas complété pour y intégrer le cas du seul auteur qui exerce la tutelle légale, conformément à l'article 395 nouveau du code civil"; MAINGAIN B. en DE WILDE D'ESTMAEL E., in *Juris Classeur*, V° "Législation comparée Belgique", 1er fascicule, Parijs, 1988, 10, nr. 39: "Par lacune de la nouvelle loi du 31 mars 1987, le seul auteur de la reconnaissance reste privé du droit à la dévolution testamentaire de la tutelle." De zeer grote betrekkelijkheid van het tekstargument van deze auteurs blijkt uit de vergelijking met het Franse recht (art. 397 C.c.fr.), zoals geschetst in de vorige voetnoot.

<sup>55</sup> Aldus: GERLO J., *Personen- en familierecht*, III, Gent, 1989, 454.

<sup>56</sup> BLONDY P., MORIN G. en MORIN M., *La réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation*, Parijs, 1983, tome I, 98, nr. 178; MONToux D., in *Juris Classeur*, not. Form., V° "Mineurs-majeurs protégés", fascicule B-1, Parijs, 1985, 14, nr. 118; RAISON A., *Le statut des mineurs et majeurs protégés*, Parijs, 1989, 117, nr. 213.

<sup>57</sup> ARNTZ E., *Cours de droit civil français*, I, Brussel-Parijs, 1860, 352, nr. 701; CORNET A., *Les mineurs et les aliénés*, Frameries, 1949, 128, nr. 323; MATON A., *Dictionnaire de la pratique notariale*, tome V, Brussel, 1885, V° "Tutelle", 716, nr. 9; *Pand. B.*, tome 125, Brussel, 1930, V° "Tutelle testamentaire", 405, nr. 9; *R.P.D.B.*, V° "Minorité, tutelle et émancipation", Brussel, 1936, 251, nr. 328. Vergelijk i.v.m. het Franse recht ALLAIN J., en CARRÉ M., o.c., Parijs, 1881, 147, nr. 405; AUBRY C. en RAU C., *Principes de droit civil français*, I, Parijs, 1936, 617, § 100; DALLOZ, *Encyclopédie juridique. Répertoire de droit civil*, tome V, Parijs, 1955, 435, nr. 91; DEMOLOMBE C., o.c., I, Parijs, 1879, 97, nr. 152; MONToux D., in *Juris classeur*, not. form., V° "Mineurs-majeurs protégés", fascicule B-1, Parijs, 1985, 13, nr. 106; RAISON A., *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, Parijs, 1989, 116, nr. 212.

<sup>55</sup> In die zin: DE PAGE H., o.c., II, 4e uitgave, door MASSON J.P., Brussel, 1990, 1164, nr. 1239; GERLO J., "De persoonlijke gevolgen van de afstamming", *T.P.R.*, 1987, 1166, nr. 39; *idem*, *Personen- en familierecht*, III, Gent, 1989, 454; SENAËVE P., o.c., Leuven, 1989, II, 142, nr. 1067; VAN OOSTERWICK G., "Ouderlijk gezag, minderjarigheid, voogdij en ontvoogding", in BAETEMAN G. (red.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, 1987, 233, nr. 316.

Een vergelijking met het Franse recht levert een bijkomend argument op voor deze stelling. Ook in Frankrijk is er, na de hervorming van 1964, nog steeds sprake van de "dernier mourant des père et mère" in artikel 397 C.c.fr. betreffende de keuze van een testamentaire voogd. Maar de Franse rechtsleer is in die zin gevestigd dat, ondanks deze termen, ook de enige ouder van een kind (zoals de enige ouder die een kind erkende, of de enige adoptant) een testamentaire voogd voor dat kind kan kiezen (MAZEAUD H., J. en L., *Leçons de droit civil*, tome I, volume III, *Les personnes*, Parijs, 1970, 617, nr. 1286; RAISON A., *Le statut des mineurs et majeurs protégés*, Parijs, 1989, 117, nr. 213). Het Franse Hof van Cassatie bevestigde impliciet dit besluit in zijn arrest van 9 februari 1988 betreffende de keuze van een testamentaire voogd door een zwangere niet-gehuwde moeder die de enige erkennende ouder van dit kind was bij haar overlijden (*J.C.P.* (éd. Not.) 1988, II, 317, noot T. FOSSIER, *Rép. Defrénois*, 1988, art. 34255, 736, nr. 50, *Journal des notaires et avocats*, 1988, art. 59586, 1457, nr. 26).

<sup>56</sup> Aldus: DE GAVRE J., "Les effets patrimoniaux de la filiation", in Jeune barreau Bruxelles (red.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, 1988, 222: "Et comme l'article 397 du code civil est plus que clair, il y a ici, à n'en pas douter, une lacune puisque – et c'est très re-

### 8) Ouders die terzelfder tijd overleden zijn

34. Quid wanneer beide ouders die tegelijkertijd overleden zijn, elk een zelfde testamentaire voogd hebben aangewezen of, andere mogelijkheid, elk een verschillende testamentaire voogd hebben aangewezen? Quid wanneer beide ouders tegelijkertijd overlijden en uitsluitend slechts een van beide ouders een testamentaire voogd heeft aangewezen?

Er is een interpretatieprobleem, omdat artikel 397 B.W. het heeft over de langstlevende ouder, en in de voormelde gevallen er bij uitgangspunt geen langstlevende ouder is, daar bij hypothese beide ouders tegelijkertijd overleden of daar niet bewezen kon worden wie van beide ouders het langst leefde. De vraag rijst of in die drie onderstellingen de testamentaire voogdij kan openvallen.

Deze onderrichtingen maken in België niet het voorwerp uit van een specifieke wettelijke bepaling, en zij blijken niet behandeld te zijn in rechtsleer of rechtspraak.

In Frankrijk werd deze problematiek met een parlementaire vraag voorgelegd aan de minister van Justitie die een klaar antwoord gaf, maar uitsluitend met betrekking tot het laatstvermelde geval. Dit antwoord luidt letterlijk als volgt: "Il semble qu'une interprétation stricte de l'article 397 devrait effectivement conduire à considérer comme caduque, en cas de décès simultané des deux parents, la désignation d'un tuteur fait par l'un d'entre eux. Mais dans une telle hypothèse, le conseil de famille ne manquerait pas de tenir le plus large compte du souhait exprimé par le parent concerné. Il peut d'ailleurs être observé qu'alors que la règle conférant au parent survivant le droit de choisir un tuteur testamentaire est applicable depuis l'entrée en vigueur du code civil en 1804, le problème évoqué par l'honorable parlementaire ne paraît pas jusqu'à présent avoir soulevé de difficultés en pratique ni avoir donné lieu à jurisprudence".<sup>60</sup>

Wat de eerste twee gevallen betreft (overlijden tegelijkertijd van ouders die elk een zelfde of een verschillende testamentaire voogd aanwezen), kan men, o.i., zich nuttig laten inspireren door de hierna vermelde Nederlandse wettelijke oplossing, namelijk een ambtshalve uitspraak van de kantonrechter<sup>61</sup>, wat in België een beslissing van de familieraad zou zijn, dus datieve voogdij, waarbij de wens van de ouders een belangrijk element zou zijn bij het nemen van de beslissing door de familieraad.

### 9) De uit het ouderlijk gezag ontzette ouder en de niet-ontzette ouder

35. De uit het ouderlijk gezag ontzette ouder kan geen testamentaire voogd kiezen: dit keuzerecht is immers een attribuut van het ouderlijk gezag<sup>62</sup>. Dat geldt in geval van

gehele ontzetting; in geval van gedeeltelijke ontzetting zal men de rechterlijke beslissing ontlede en nagaan welke rechten de ouder heeft verloren.

De andere niet-ontzette ouder kan geen testamentaire voogd aanwijzen voor het geval dat hij zou overlijden vooraleer de ontzette ouder overlijdt, aldus bepaalde rechtsleer<sup>63</sup>. In dat geval is de niet-ontzette ouder immers niet de langstlevende ouder, noch feitelijk, noch juridisch. Overigens kan de langstlevende ontzette ouder nog in het ouderlijk gezag hersteld worden<sup>64</sup>.

### 10) De langstlevende ouder die de voogdij niet uitoefent

36. De langstlevende ouder die de voogdij niet uitoefent, kan geen testamentaire voogd voor na zijn overlijden kiezen: de in functie zijnde datieve voogd zal verder zijn ambt uitoefenen<sup>65</sup>.

### 11) De feitelijke, van tafel en bed of uit de echt gescheiden ouder

37. Quid wanneer de ouders feitelijk, van tafel en bed of uit de echt zijn gescheiden? Welnu, bij het overlijden van de eerststervende der ouders, wordt de andere ouder van rechtswege voogd: art. 390 B.W. is duidelijk. De eerststervende ouder kan geen testamentaire voogd kiezen, want dat zou erop neerkomen dat hij de langstlevende ouder van zijn wettelijke voogdij berooft<sup>66</sup>.

Dit principe geldt op een "absolute" wijze, in die zin dat ook de schuldige echtgenoot in de zin van de artikelen 299, 300 en 306 B.W. voogd kan worden. Ook de ouder die na de scheiding het hoederecht niet heeft verkregen, wordt, als langstlevende ouder, voogd<sup>67</sup>. Dit alles vloeit voort uit art.

<sup>63</sup> CORNET A., *Les mineurs et les aliénés*, Frameries, 1949, 176, nr. 314. Vergelijk i.v.m. het Franse recht ALLAIN J., en CARRÉ M., o.c., Parijs, 1881, 148, nr. 409; MARCADÉ V., *Explication du Code Napoléon*, Parijs, 1859, II, 199, nr. 188.

<sup>64</sup> Vgl. MARCADÉ V., o.c., Parijs, 1859, I.c.

<sup>65</sup> DEKKERS R., *Handboek Burgerlijk recht*, deel 1, Antwerpen-Brussel-Gent-Leuven, 1956, 311, nr. 482; DE PAGE H., o.c., tome II, 4de uitgave door J.P. MASSON, Brussel, 1990, 1180, nr. 1263, en 1183, nr. 1265; R.P.D.B., V° "Minorité, tutelle et émancipation", Brussel, 1936, 251, nr. 332; Pand. B., tome 125, Brussel, 1930, V° "Tutelle testamentaire", 406, nr. 11; Vred. Gent (7e kanton), 29 december 1982, T. Vred., 1987, 8. Vergelijk i.v.m. het Franse recht AUBRY C. en RAU C., o.c., I, Parijs, 1936, 618, § 100; MARCADÉ V., o.c., II, Parijs, 1859, 199, nr. 188. Merk op dat in de rechtsleer wordt ingegaan op het geval dat de langstlevende ouder de voogdij uitoefent, niet als wettelijke voogd, maar als datieve voogd; kan hij, als langstlevende ouder-datieve voogd een testamentaire voogd kiezen? Dit is een betwist probleem. Voor de verschillende stellingen ter zake zie R.P.D.B., V° "Minorité, tutelle et émancipation", Brussel, 1936, 251, nr. 332.

<sup>66</sup> DEKKERS R., o.c., deel 1, Antwerpen-Brussel-Gent-Leuven, 1956, 311, nr. 482. Vergelijk: R.P.D.B., V° "Minorité, tutelle et émancipation", Brussel, 1936, 251, nr. 329;

<sup>67</sup> DELVA W., en BAERT G., "Overzicht van rechtspraak (1960-1963). Personen- en familierecht", T.P.R., 1964, 475, nr. 148; HAUCHAMPS C., "La femme tutrice", Ann. Not., 1912, 311, nr. 68; Rb. Antwerpen 29 december 1961, R.W., 1962-1963, 276.

Merk evenwel op dat, wegens ernstige en uitzonderlijke omstandigheden, en uitsluitend in het hoger belang van het kind, het feitelijk

<sup>60</sup> Rép. Quest. écrit., n. 67717: J.O. Déb. Ass. Nat., 15 juli 1985, 3314.

<sup>61</sup> Art. 292-3 Ned. B.W.; PITLO, o.c., Arnhem, 1985, 49.

<sup>62</sup> CORNET A., *Les mineurs et les aliénés*, Frameries, 1949, 177, nr. 302; DE PAGE H., o.c., tome II, 4e uitgave, door MASSON J.P., Brussel, 1990, 1183, nr. 1265; KLUYSKENS A., *Personen- en familierecht*, Antwerpen-Brussel-Gent-Leuven, 1950, 608, nr. 673; Vred. Gent (7e kanton), 29 december 1982, T. Vred., 1987, 8. Vergelijk i.v.m. het Franse recht AUBRY C., en RAU C., o.c., I, Parijs, 1936, 619, § 100; PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1, Parijs, 1922, 554, nr. 1805.

390 B.W.

Wanneer de eerststervende ouder wil vermijden dat de andere ouder een voogd wordt (voor die andere ouder is voogd worden een recht, krachtens artikel 390 B.W.), dan kan hij (slechts) proberen tijdens zijn leven de ontzetting uit het ouderlijk gezag van de andere ouder te verkrijgen<sup>68</sup>. Overigens, wanneer uit de feiten zou blijken dat de langstlevende ouder tijdens de voogdij handelt in strijd met het belang van het kind, kan hij uit de voogdij ontzet worden<sup>69</sup>.

#### 12) De hertrouwde langstlevende ouder

38. De langstlevende ouder (vader of moeder) die een nieuw huwelijk heeft aangegaan, behoudt het recht om een testamentaire voogd te kiezen. Dit nieuwe huwelijk heeft geen incidentie op het keuzerecht van deze langstlevende ouder.

#### 13) Keuze van een voogd door de ongehuwde moeder tijdens haar zwangerschap voor haar nog-niet-geboren kind

39. Deze hypothese kan onmiddellijk geïllustreerd worden met de volgende casus die aanleiding gaf tot een recent arrest van het Franse Hof van Cassatie van 9 februari 1988, zodat hieruit meteen blijkt dat die hypothese geen loutere theoretische of academische hypothese is. De feiten van de casus zijn de volgende. Een ongehuwde vrouw is in verwachting. Zij heeft evenwel hartproblemen en weet dat die zwangerschap bezwarend is voor haar ziekte. Tijdens deze zwangerschap schrijft ze een brief waarbij ze de testamentaire voogdij over haar nog niet geboren kind toevertrouwt aan een nicht. Het kind wordt inderdaad geboren en even nadien overlijdt de moeder. De grootouders vorderen de ascendentenvoogdij op, terwijl de nicht zich op de testamentaire voogdij beroept. Voor het Franse Hof van Cassatie rees de vraag of de moeder reeds een testamentaire voogd kon aanwijzen voor het kind dat nog niet geboren was. Het antwoord is bevestigend<sup>70</sup>.

hoederecht voorlopig of tijdelijk aan de voogd onttrokken kan worden (Cass., 25 mei 1888, *Pas.*, 1888, I, 241; Brussel, 27 maart 1901, *Ann. Not.*, 1901, 335, met noot; Cass., 7 mei 1954, *R.W.*, 1954-55, 216, *Pas.*, 1954, I, 762, *J.T.*, 1954, 383, *R.C.J.B.*, 1954, 176, noot R. DEKKERS; Vred. Eghezée, 17 juni 1969, *T. Vred.*, 1970, 143; Rb. Turnhout, 28 oktober 1976, *R.W.*, 1978-79, 1100, noot H. NUYTINCK; Rb. Nijvel, 30 mei 1979, *Rev. Not.B.*, 1979, 366, bevestigd door Brussel, 14 mei 1980, *J.T.*, 1981, 61).

<sup>68</sup> Artt. 29-35 wet van 8 april 1965 op de jeugdbescherming; DE PAGE H., o.c., tome II, 4e uitgave, door MASSON J.P., Brussel, 1990, 1181, nr. 1264; Rb. Antwerpen, 29 december 1961, *R.W.*, 1962-63, 276. Zie i.v.m. het Franse recht BAUDRY-LACANTINERIE G., *Traité de droit civil. Les personnes*, tome V, Parijs, 1908, 394, nr. 319.

<sup>69</sup> Art. 444 B.W.; HAUCHAMPS C., "La femme tutrice", *Ann. Not.*, 1912, 311, nrs. 68 en 69. Vergelijk i.v.m. het Franse recht BAUDRY-LACANTINERIE G., o.c., l.c.

<sup>70</sup> Cass. fr., 9 februari 1988, *J.C.P.* (éd. Not.) 1988, II, 317, noot T. FOISSIER, *Journal des notaires et des avocats*, 1988, art. 59586, 1457, nr. 26, *Rép. Defrénois*, 1988, art. 34.255, 736, nr. 50, met noot J. MASSIP, volgens wie de rechtspreuk "Infans conceptus..." in dezen irrelevant is; in elk geval heeft het Franse Hof van Cassatie deze rechtspreuk niet ingeroepen om tot zijn besluit te komen. Zie ter zake ook RAISON A., *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, Parijs, 1989, 117, nr. 214, die preciseert dat, volgens hem, de keuze

#### 14) De adoptieve ouder

40. Inzake de mogelijkheid van testamentaire voogdij dient, naar geldend Belgisch recht (namelijk de artt. 361 en 370 B.W.), een onderscheid gemaakt te worden tussen de gewone adoptie en de volle adoptie. De reden is tweevoudig.

a) Bij gewone adoptie zijn niet alle banden met de oorspronkelijke familie verbroken, en aldus kan de oorspronkelijke familie aanspraak maken op het kind bij het overlijden van de enige gewone adoptant of bij het overlijden van de langstlevende van de echtgenoten-adoptanten (art. 361 B.W.). Daarentegen zijn bij een volle adoptie in principe alle banden met de oorspronkelijke familie verbroken (art. 370, § 1, B.W.), en bijgevolg heeft de oorspronkelijke familie geen wettelijke aanspraken op het kind (gekregen). Dit onderscheid verklaart de totstandkoming van artikel 361, § 1, derde lid, en § 2, derde lid, B.W. ter zake van de gewone voogdij, en dus het hiernavermelde verschil inzake testamentaire voogdij tussen de gewone en de volle adoptie. Maar, *de lege ferenda*, houdt dit onderscheid, en meer bepaald de aanspraken van de oorspronkelijke familie in geval van gewone voogdij, o.i. geen voldoende reden in voor het thans geldende hiernavermelde verschil inzake testamentaire voogdij.

b) De gewone adoptie schept geen verwantschap tussen de geadopteerde en de familie van de adoptant, en het is dan ook volkomen begrijpelijk dat de ascendentenvoogdij (art. 402 B.W.) niet bestaat ten voordele van de ouders van de gewone adoptant ten opzichte van de geadopteerde. Maar dit principe van de uitsluiting van de ascendentenvoogdij wettigt o.i. nog niet de uitschakeling van de testamentaire voogdij met betrekking tot de gewoon-geadopteerde. Daarentegen wordt het ten volle geadopteerde kind volledig geïntegreerd in de familie van de volle adoptant, zodat in dat geval niet alleen de testamentaire voogdij maar ook de ascendentenvoogdij er bestaan.

41. Het geldende Belgische recht met betrekking tot de gewoon-geadopteerden is als volgt, om de voormelde twee redenen. Wanneer één persoon een kind gewoon heeft geadopteerd, is die ouder van rechtswege voogd over dit kind. Bij het overlijden van die ouder valt uitsluitend de datieve voogdij open. De adoptieve ouder heeft het recht niet een testamentaire voogd aan te wijzen, daar artikel 361, § 1, derde lid, B.W. uitsluitend de mogelijkheid van een datieve voogdij bepaalt<sup>71</sup>.

Wanneer een kind gewoon geadopteerd is door twee echtgenoten, en een adoptieve ouder is overleden vooraleer het kind meerderjarig is, kan de langstlevende der gewoon-adoptieve ouders geen testamentaire voogd aanwijzen: uit-

van een testamentaire voogd vooraleer het kind geboren is dan ten minste dient te dateren uit de wettelijke periode van zwangerschap. De oplossing vervat in het Franse cassatiearrest kan o.i. ook toegepast worden in het Belgische recht. Daarentegen geldt die oplossing niet in Nederland, krachtens een specifieke bepaling: artikel 292-1 Ned. B.W. (zie infra).

<sup>71</sup> DE PAGE H., o.c., tome II, 4e uitgave, door MASSON J.P., Brussel, 1990, 1185, nr. 1272; TAYMANS J.F., in *Rép. Not.*, V° "Les testaments, formulaire", Brussel, 1989, 113, nr. 97.

sluitend de datieve voogdij wordt georganiseerd (art. 361, § 2, derde lid, B.W.)<sup>72</sup>.

Het Belgische recht verschilt aldus van het Franse recht, waarin ook in geval van gewone adoptie de langstlevende der adoptanten een testamentaire voogd mag kiezen<sup>73</sup>.

*De lege ferenda* moet de vraag gesteld worden of het toch niet wenselijk zou zijn de testamentaire voogdij met betrekking tot gewoon-geadopteerde kinderen mogelijk te maken. O.i. is het antwoord bevestigend zodat het laatste lid van de paragrafen 1 en 2 van artikel 361 B.W. gewijzigd dient te worden. Dit lijkt ons in het belang van deze kinderen.

Er is trouwens meer. In het geldende Belgische recht is er een nutteloze discriminatie tussen het biologisch-eigen kind en het gewoon-adoptieve kind van een ouder. Deze langstlevende ouder kan een voogd kiezen voor zijn biologisch-eigen kind, maar niet voor zijn gewoon-adoptief kind, hoewel beiden samen opgevoed zijn. Dat is onaanvaardbaar. *De lege lata* zou men, in deze optiek, aan deze ouder een volle adoptie van het gewoon-adoptieve kind kunnen aanraden, opdat deze ouder, zoals hierna uiteengezet, een testamentaire voogd voor dit kind kan kiezen.

42. Wanneer een kind ten volle geadopteerd is door een adoptant, kan die adoptant een testamentaire voogd kiezen<sup>74</sup>. Wanneer een kind ten volle geadopteerd is door twee adoptanten, kan de langstlevende der adoptanten een testamentaire voogd kiezen<sup>75</sup>. De volle adoptie houdt een totale gelijkshakeling met de biologisch-eigen kinderen van de ouder(s) in (art. 370, § 1, B.W.)<sup>76</sup>.

## F. De keuzevrijheid van de langstlevende ouder

### 1) Het principe: vrij keuzerecht

43. De langstlevende ouder heeft wettelijk een vrij keuzerecht (art. 397 B.W.), onder voorbehoud van de artikelen 442-449 B.W. inzake de onbekwaamheid van de voogd.

De familieraad hoeft de keuze niet te bekrachtigen<sup>77</sup>.

In principe kiest de langstlevende ouder dus volledig vrij. Deze keuzevrijheid die de langstlevende ouder put uit artikel 397 B.W., kan niet beperkt worden, zelfs niet door de eerststervende ouder<sup>78</sup>.

### 2) Een marginaal toezicht met het oog op het belang van het kind?

44. Is die keuzevrijheid absoluut? Kan de langstlevende ouder willekeurig zijn keuzerecht uitoefenen? Kan hij afzien van het belang van zijn kinderen? Er dient een voorbehoud gemaakt te worden op basis van het wezen, de essentie of de ratio legis van het bestaan van de wettelijke regeling inzake de voogdij: het hoger belang van het kind. Er moet dus een voorbehoud gemaakt worden tegen een keuze van een bepaalde voogd die werkelijk strijdig zou zijn met het belang van het kind<sup>79</sup>. Er is dus een marginale toetsing nodig en mogelijk, welke o.i., indien men dan toch een wettelijke "kapstok" wil hebben, een grondslag kan vinden in de artikelen 6, 900, 1131 en 1133 betreffende de openbare orde, nu de organisatie van de voogdij de openbare orde aanbelangt<sup>80</sup>. Maar eigenlijk is het voldoende te wijzen op het wezen, de essentie of de reden van het bestaan van het voogdijrecht: het belang van het kind<sup>81</sup>. Een dergelijk marginaal toetsingsrecht maakt niet het voorwerp uit van een uitdrukkelijke wettelijke bepaling, maar het ligt dus impliciet begrepen in de principes van de wettelijke regeling inzake de organisatie van de voogdij. C. Aubry en C. Rau stellen trouwens: "La tutelle (...) est établie dans l'intérêt du mineur. C'est d'après cette idée qu'on doit interpréter et compléter les lois qui la régissent"<sup>82</sup>. Inzake voogdij, en meer bepaald inzake een geval van de bevoegdheden van een testamentaire voogd, werden deze principes van het belang van het kind en het toezicht van de rechter bevestigd in het cassatiearrest van 25 mei 1888<sup>83</sup>.

<sup>72</sup> DE PAGE H., o.c., tome II, 4e uitgave, door MASSON J.P., Brussel, 1990, 1185, nr. 1272.

<sup>73</sup> BLONDY P., MORIN G. en MORIN M., *La réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation*, Parijs, 1983, tome I, 98, nr. 179; BUFFELAN-LANORE Y., in *Juris Classeur notarial. Répertoire doctrinal*, V° "Filiation adoptive. Adoption simple. Art. 360 à 372-2", fascicule 3, Parijs, 1985, 14, nrs. 91-93; MONToux D., *Juris Classeur, not. form.*, V° "Mineurs-majeurs protégés", fascicule B-1, Parijs, 1985, 14, nrs. 114 en 115; RAISON A., *Le statut des mineurs et majeurs protégés*, Parijs, 1989, 117, nr. 213.

<sup>74</sup> UYTENDAELE R., "Volle eenouderadoptie", in SENAEVE P. (red.), "Adoptie - Verlatenverklaring van minderjarigen", Leuven, 1989, 139, nr. 173. De zelfde oplossing in het Franse recht: BUFFELAN-LANORE Y., in *Juris Classeur notarial. Répertoire doctrinal*, V° "Filiation adoptive. Adoption plénière. Art. 343 à 359", fascicule 2, Parijs, 1985, 34, nr. 241; RAISON A., *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, Parijs, 1989, 117, nr. 213.

<sup>75</sup> MAHIEU G., in *Rép. Not.*, V° "Adoption", Brussel, 1989, 87, nr. 108, noot 1; TAYMANS J.F., in *Rép. Not.*, o.c., l.c., Dezelfde oplossing in het Franse recht: BUFFELAN-LANORE Y., o.c., Art. 343 à 359, 34, nr. 241.

<sup>76</sup> DE PAGE H., o.c., tome II, 4e uitgave, door MASSON J.P., Brussel, 1990, 1185, nr. 1272; TAYMANS J.F., *Les testaments (formulaire)*, Brussel, 1989, 113, nr. 97.

<sup>77</sup> Zie supra, nr. 21.

<sup>78</sup> *Pand. B.*, tome 125, Brussel, 1930, V° "Tutelle testamentaire", 405, nr. 9. Vergelijk i.v.m. het Franse recht AUBRY C. en RAU C., *Cours de droit civil français*, I, Parijs 1936, 617, § 100.

<sup>79</sup> Vergelijk i.v.m. het Franse recht DALLOZ, *Encyclopédie juridique. Répertoire de droit civil*, tome V, Parijs, 1955, 436, nr. 99; PLANIOL M., en RIPERT G., o.c., I, Parijs, 1952, 536, nr. 470: "Elle ne pourrait être critiquée que si elle était inacceptable, et contraire à l'intérêt de l'enfant"; Rouen, 4 januari 1883, *Dall. Pér.*, 1883, II, 155: "Attendu (...) que ce droit qui procède de la puissance paternelle dont le dernier mourant est investi ne comporte d'autres restrictions que celles qui sont commandées par l'intérêt des mineurs"; Parijs, 1 maart 1935, *Dall. H.*, 1935, 256.

<sup>80</sup> Zie o.a. DELVA W. en BAERT G., "Overzicht van rechtspraak (1960-1963). Personen- en familierecht", *T.P.R.*, 1964, 474, nr. 146; Rb. Gent, 30 juni 1960, *R.W.*, 1960-61, 340.

<sup>81</sup> Vergelijk i.v.m. het toezichtsrecht van de rechtbanken op de uitoefening van het ouderlijk gezag DABIN J., "Le contrôle de la puissance paternelle en droit belge", *J.T.*, 1947, 17 e.v., en 33 e.v.; VAN GERVEN W., *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Algemeen deel*, Antwerpen-Utrecht, 1969, 175, nr. 67.

<sup>82</sup> AUBRY C., en RAU C., *Cours de droit civil français*, Parijs, 1936, 566, § 89.

<sup>83</sup> *Pas.*, 1888, I, 241, met het advies van eerste advocaat-generaal MELOT.

Kortom, de bevoegdheid van de langstlevende ouder in verband met de keuze van een testamentaire voogd is geen absoluut-discretionaire bevoegdheid, maar wel een doelgebonden bevoegdheid.

### 3) De keuze van een vreemdeling tot voogd

45. De Belgische wetgever vereist niet dat de voogd de Belgische of een andere bepaalde nationaliteit heeft; een vreemdeling mag dus gekozen worden <sup>84</sup>.

### 4) De keuze van twee testamentaire voogden met aanwijzing van hun volgorde

46. Mag de langstlevende ouder twee testamentaire voogden aanwijzen, in deze zin, dat naast een eerstgekozene een tweede voogd wordt aangewezen die de voogdij zou moeten waarnemen voor het geval dat de eerstgekozene testamentaire voogd overlijdt vooraleer de pupil meerderjarig is. Sommige "langstlevende" ouders denken immers ook aan de mogelijkheid dat de testamentaire voogd overlijdt vooraleer de pupil meerderjarig is.

Het antwoord is blijkbaar betwist <sup>85</sup>.

Het lijkt geen twijfel dat de langstlevende ouder een testamentaire voogd mag kiezen, alsook een subsidiaire testamentaire voogd, d.w.z. een persoon die testamentaire voogd zal zijn voor het geval dat de eerst aangewezen voogd overleden zou zijn vooraleer de langstlevende ouder overlijdt <sup>86</sup>.

### 5) Geen keuze van een testamentaire toeziende voogd

47. Hier kan er nogmaals aan herinnerd worden dat een ouder bij testament geen toeziende voogd kan kiezen: uitsluitend de familieraad kan de toeziende voogd benoemen (art. 420 B.W.) <sup>87</sup>. Ten overvloede kan hier ook gepreciseerd worden dat de langstlevende ouder niet kan bepalen dat de door hem gekozen voogd zijn voogdijopdracht mag waarnemen zonder bijstand van een toeziende voogd. De toeziende

voogd is een wettelijk voogdijorgaan in elke voogdij, ook in de testamentaire voogdij.

Er is meer. Een ouder mag zelfs niet bepalen wie in de familieraad zitting moet nemen. Dit volgt uit de artikelen 406-416 B.W.: de familieraad wordt samengesteld door de vrederechter. Kortom, de "langstlevende" ouder kan wel een testamentaire voogd kiezen, maar hij kan noch een toeziende voogd, noch leden van de familieraad kiezen. Een testamentaire beschikking houdende keuze van een toeziende voogd of leden van de familieraad is derhalve absoluut nietig <sup>88</sup>. Een dergelijke beschikking zou hoogstens kunnen gelden als een niet-bindende wens van de "langstlevende" ouder.

## G. De herroepbaarheid van de keuze van de testamentaire voogd

### 1) Mogelijkheid van herroeping

48. Daar de bepaling in verband met de testamentaire voogdij, als laatste wilsbeschikking, slechts uitwerking kan krijgen bij het overlijden van de "langstlevende" ouder, mag deze te allen tijde zijn keuze, in welke vorm ook gedaan, herroepen <sup>89</sup>. Desgewenst kan de langstlevende ouder tegelijkertijd een andere testamentaire voogd dan de eerst gekozenen aanwijzen.

### 2) Vorm van de herroeping

49. De herroeping van de keuze van de testamentaire voogd kan o.i. gedaan worden in elke vorm omschreven in artikel 398 B.W. <sup>90</sup>.

<sup>88</sup> Art. 6 B.W.; DE PAGE H., *o.c.*, tome II, 3e uitgave Brussel, 1964, 63, nr. 36-A.

<sup>89</sup> ARNTZ E., *Cours de droit civil français*, I, Brussel-Parijs, 1860, 353, nr. 703; CORNET A., *Les mineurs et les aliénés*, Frameries, 1949, 178, nr. 325; DE PAGE H., en MASON J.P., *o.c.*, tome II, 4e uitgave, Brussel, 1990, 1184, nr. 1266; MAGNIN A., *Traité des minorités, des tutelles et curatelles...*, Brussel 1835-1836, 142, die artikel 1035 B.W. als grondslag van dit principe aanhaalt; *Pand. B.*, tome 125, Brussel, 1930, V° "Tuteur testamentaire", 409, nr. 33; *R.P.D.B.*, V° "Minorité, tutelle et émancipation", Brussel, 1936, 252, nr. 345. Vergelijk DE PAGE H., *o.c.*, tome VIII, Brussel, 1947, 913, nr. 800. Zie i.v.m. het Franse recht AUBRY C. en RAU C., *Cours de droit civil français*, I, Parijs, 1936, 619, § 100; BAUDRY-LACANTINERIE G., *o.c.*, V, Parijs, 1908, 432, nr. 358; COLIN A., en CAPITANT H., *o.c.*, I, Parijs, 1934, 499, nr. 485; DALLOZ A., *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence*, tome XXXII, Parijs, 1855, 97, nr. 144, die artikel 1035 B.W. als grondslag van dit principe aanhaalt; RAISON A., *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, Parijs, 118, nr. 216.

Deze herroepbaarheid lijkt vanzelfsprekend, allereerst omdat de keuze van een testamentaire voogd een laatste wilsbeschikking is. Maar er is een tweede reden, gelet op het wezen of de ratio legis van de (testamentaire) voogdij: het belang van het kind; immers, wanneer de langstlevende ouder een testamentaire voogd heeft gekozen, en hij nadien zijn vertrouwen in die persoon verliest, dient hij op de gedane keuze terug te kunnen komen (X., "Tuteur testamentaire. Nomination par déclaration devant notaire. Révocation", *Ann. Not.*, 1923, 224-225).

<sup>90</sup> Vergelijk i.v.m. oud artikel 391 B.W. SCHICKS A. en VANISTERBEEK A., *o.c.*, tome II, Brussel-Leuven, 1925, 272, nr. 78. Vergelijk i.v.m. het Franse recht ALLAIN J., en CARRÉ M., *o.c.*, Parijs, 1881, 148, nr. 408; DEMOLOMBE C., *o.c.*, Parijs, 1870, 44, nr. 85.

<sup>84</sup> DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I, Brussel, 1962, nr. 104/B/4°, en tome II, Brussel, 1964, 59, nr. 35-1° en de verwijzingen aldaar: LAURENT F., *Le droit civil international*, tome VI, Brussel-Parijs, 1881, 85, nr. 45; *Pand. B.*, tome 125, Brussel, 1930, V° "Tuteur testamentaire", 408, nr. 27; Brussel, 25 april 1887, *Pas.*, 1887, II, 221, *B.J.*, 1888, 1301; vgl. de noot in *Rev. Prat. Not. B.*, 1880, 670. Zie i.v.m. het Franse recht BAUDRY-LACANTINERIE G., *Traité de droit civil*, tome V, *Les personnes*, Parijs, 1908, 384, nr. 308.

<sup>85</sup> Deze mogelijkheid wordt aanvaard door SCHICKS A. en VANISTERBEEK A., *o.c.*, tome II, Brussel-Leuven, 1925, 271, nr. 77 in fine; Zo ook in het Franse recht: BLONDY P., MORIN G. en MORIN M., *La réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation*, Parijs, 1983, tome I, 99, nr. 181; DEFRENOIS C., *Traité pratique et formulaire général du notariat*, VI, Parijs, 1914, 172, nr. 13338, met verwijzingen. Anders, i.v.m. het Franse recht: BAUDRY-LACANTINERIE G., *o.c.*, V, Parijs, 1908, 432, nr. 357.

<sup>86</sup> Vergelijk in die zin in het Franse recht BAUDRY-LACANTINERIE G., *o.c.*, I, c., BLONDY P., MORIN G. en MORIN M., *o.c.*, I, c.

<sup>87</sup> LAURENT F., *o.c.*, tome IV, Brussel-Parijs, 1878, 533, nr. 421; MATON A., *Dictionnaire de la pratique notariale*, tome V, Brussel, 1885, V° "Subrogé tuteur", 471, nr. 2, en V° "Tutelle", 725, nr. 48; SCHICKS A. en VANISTERBEEK A., *o.c.*, tome II, Brussel-Leuven, 1925, 287, nr. 84.

Ten overvloede kan er hier aan herinnerd worden dat een authentiek testament ook herroepen kan worden met een eigenhandig testament; maar opnieuw is het aan te bevelen de herroeping bij authentieke akte te doen gelet op de grotere bewijswaarde en de betere bewaring ervan.

### 3) Impact van de mogelijkheid van herroeping

50. De herroepbaarheid van de testamentaire voogd door de ouder tijdens zijn leven heeft praktisch tot gevolg dat men, onmiddellijk na het overlijden van de "langstlevende" ouder, toch enigszins omzichtig moet zijn met een akte of testament houdende keuze van een testamentaire voogd. Het is immers mogelijk dat die keuze door een latere akte ongedaan is gemaakt. Daarom zal men in ieder geval het Centraal Register der Testamenten te Brussel raadplegen. Bovendien zal men enige tijd laten voorbijgaan alvorens de testamentaire voogd gekozen in een bepaald testament of in een bepaalde akte, een daad van eigenlijk beheer te laten verrichten<sup>91</sup>. Voor bewarende maatregelen is een onmiddellijk optreden natuurlijk toegelaten.

Overigens, de wet zelf dwingt tot deze omzichtigheid in verband met daden van echt beheer of daden van beschikking nu de familieraad weliswaar de keuze van de testamentaire voogd niet hoeft te bekrachtigen, maar uit de artikelen 420 B.W. en 49 en 52 van de Hypotheekwet volgt dat de testamentaire voogd zijn taak niet kan aanvangen vooraleer de familieraad een toeziende voogd benoemt en een beslissing neemt in verband met de wettelijke hypotheek ten behoeve van de pupil op de goederen van de voogd. In deze tussenperiode kan nagegaan worden of er geen andersluidende beschikking bestaat en of niemand anders zich aanmeldt als testamentaire voogd.

## H. De inwerkingtreding van de testamentaire voogdij

51. Er is een onderscheid tussen enerzijds de waarde en de erkenning van de titel die de keuze van de testamentaire voogd bevat, en anderzijds de inwerkingtreding van de testamentaire voogdij.

### 1) De bewijskracht en erkenning van de titel

52. Hierboven is reeds gewezen op de verschillende bewijswaarde van enerzijds het eigenhandige (en internationale) testament en anderzijds het authentieke of notariële testament dat de keuze van een testamentaire voogd bevat. De geschillen (namelijk de niet-erkenning) in verband met het geschrift of de handtekening van het eigenhandig testament en dus ter zake van de bewijswaarde, hebben tot gevolg dat de testamentaire voogd zonder erkende titel zit zolang ze in recht niet zijn beslecht<sup>92</sup>.

De testamentaire voogdij blijkt een notarieel testament of een niet-betwist eigenhandig testament geldt van rechtswege vanaf het overlijden van de testator, in die zin dat de

keuze van de testamentaire voogd niet meer bekrachtigd hoeft te worden door de familieraad<sup>93</sup>.

### 2) De inwerkingtreding van de testamentaire voogdij

53. De inwerkingtreding van de testamentaire voogdij is evenwel afhankelijk van twee andere factoren.

Er is allereerst artikel 421, eerste lid, B.W., volgens hetwelk de testamentaire voogd, alvorens zijn taak aan te vatten, de familieraad moet doen bijeenroepen ten einde een toeziende voogd te benoemen<sup>94</sup>. De sanctie staat vermeld in artikel 421, tweede lid, B.W.: mogelijkheid van onttrekking van de voogdij door de familieraad indien de gekozen voogd zich heeft ingelaten met het (eigenlijk) beheer voordat de toeziende voogd werd benoemd, en hij bedriegelijk gehandeld heeft.

Verder moet rekening gehouden worden met artikel 47 Hypotheekwet, dat elke voogd, dus ook de testamentaire voogd, onderwerpt aan de bepaalde wettelijke hypotheek ten voordele van de pupil<sup>95</sup>. Meer bepaald is er artikel 49 Hypotheekwet volgens hetwelk, voordat de uitoefening van enige voogdij, dus ook van de testamentaire voogdij, aanvangt, de familieraad de beslissingen neemt in verband met de wettelijke hypotheek ten laste van de voogd. Vooraleer de inschrijving van de eventuele hypotheek is genomen, mag de testamentaire voogd zich niet met het beheer van de goederen van de pupil inlaten; anders kan de familieraad, bijeengeroepen hetzij op verzoek van de bloedverwanten of andere belanghebbende partijen, hetzij ambtshalve door de vrederechter, hem de voogdij onttrekken (artikel 52, eerste lid, hypotheekwet).

Zo mogelijk zal reeds in de eerste familieraad tijdens welke de toeziende voogd benoemd wordt, meteen een beslissing genomen worden in verband met de wettelijke hypotheek ten voordele van de pupil en ten laste van de testamentaire voogd<sup>96</sup>.

54. In geval van testamentaire voogdij begint het eigenlijke beheer van de testamentaire voogd dus pas vanaf voormelde familieraad houdende aanstelling van een toeziende voogd en beslissende inzake de wettelijke hypotheek, maar de aansprakelijkheid van de testamentaire voogd neemt een aanvang vanaf het overlijden, zodat hij daden van bewaring

<sup>93</sup> BAERT G., in A.P.R., V° "Familieraad", 1963, 57, nr. 98; KLUYSKENS A., *Personen- en familierecht*, Antwerpen-Brussel-Gent-Leuven, 1950, 609, nr. 675; RENARD C., "Examen de jurisprudence (1949 à 1951). Personnes et biens", R.C.J.B., 1953, 231, nr. 42 ("solution évidente"); SENAËVE P., *Compendium van het personen- en familierecht*, II, Leuven, 1989, nr. 1067; Rb. Marche-en-Famenne, 4 juni 1948, *Pas.*, 1949, III, 36, T. *Vred.*, 1948, 321, *Rev. Prat. Not.*, 1949, 316, *Jur. Liège*, 1948-49, 140.

<sup>94</sup> DE PAGE H., o.c., tome II, 4e uitgave, door J.P. MASSON, Brussel, 1990, 1187; R.P.D.B., V° "Minorité, tutelle et émancipation", Brussel, 1936, 253, nr. 349; SCHICKS A. en VANISTERBEEK A., o.c., tome II, Brussel-Leuven, 1925, 288, nr. 84.

<sup>95</sup> CATTIER S., "L'article 49 de la loi du 16 décembre 1851 et la validité des actes du tuteur", *Ann. Not.*, 1943, 65-79. KLUYSKENS A., *Voorrechten en hypotheeken*, Antwerpen-Brussel-Gent-Leuven, 1951, 195, nr. 207.

<sup>96</sup> R.P.D.B., Complément VII, V° "Hypothèques et privilèges", Brussel, 1990, 900, nr. 1641.

<sup>91</sup> MONTAUX D., in *Juris Classeur, Not. Form., Mineurs-majeurs protégés*, Fascicule B-1, Parijs, 1985, 15, nr. 130.

<sup>92</sup> Vergelijk Brussel 21 maart 1923, *Pas.*, 1924, II, 21, *Rev. Not. B.*, 1924, 575.

moet verrichten <sup>97</sup>. Wellicht is het preciezer te stellen dat de aansprakelijkheid van de testamentaire voogd begint vanaf de kennisneming van het testament met zijn opdracht <sup>98</sup>.

## I. Rechtsvergelijking

### 1) Nederland

55. De "voogdij door een der ouders opgedragen" maakt het voorwerp uit van de artikelen 292, 293 en 294 Nederlands B.W. De testamentaire voogd bleef dus behouden in boek I van het nieuw Nederlandse Burgerlijk Wetboek. Dit is een eerste belangrijke vaststelling.

56. Artikel 292-1 Ned. B.W. bepaalt: "Voor zover een ouder het gezag over zijn kinderen uitoefent, kan hij bij uiterste wilsbeschikking of bij uitsluitend hiertoe verleden notariële akte bepalen, wie na zijn dood de voogdij over deze kinderen zal uitoefenen <sup>99</sup>."

"De door de ouder getroffen regeling heeft geen gevolg of vervalt: a) indien na zijn overlijden de andere ouder van rechtswege of krachtens rechterlijke beschikking voogd over zijn kinderen wordt; b)..." aldus art. 293 Ned. B.W. <sup>100</sup>.

Het nieuw Nederlandse Burgerlijk Wetboek bevat nog de volgende preciseringen in verband met de testamentaire voogdij:

<sup>97</sup> BAETEMAN G., *Personen- en gezinsrecht*, Brussel, 1988, 588, nr. 743; GERLO J., *Personen en familierecht*, deel 3, Gent, 1989, 462.

<sup>98</sup> LAURENT F., *Principes de droit civil français*, Brussel-Parijs, 1878, tome V, 13, nr. 6; *Pand. B.*, tome 89, Brussel, 1907, V° "Responsabilité des tuteurs", 604, nr. 17, en tome 125, Brussel, 1930, V° "Tutelle testamentaire", 410, nr. 45; *R.P.D.B.*, V° "Minorité, tutelle et émancipation", Brussel, 1936, 253, nr. 352. Vergelijk ook MAGNIN A., *Traité des minorités, tutelles et curatelles...*, Brussel, 1835-1836, 141.

<sup>99</sup> De eerste zinsnede van art. 292-1 Ned. B.W. ("Voor zover een ouder het gezag over zijn kinderen uitoefent...") geeft aanleiding tot het volgende interpretatieprobleem: dient de langstlevende ouder het ouderlijk gezag te hebben uitsluitend bij zijn overlijden, of is bovendien vereist dat die ouder reeds het ouderlijk gezag uitoefent op het ogenblik dat hij een keuze van een testamentaire voogd doet? Dat probleem is van belang met betrekking tot kinderen die nog niet geboren zijn op het ogenblik dat de akte houdende keuze van een testamentaire voogd wordt opgemaakt: kan reeds een voogd gekozen worden voor kinderen "in spe"? De klassieke uitleg van art. 292-1 Ned. B.W. is dat alleen ten aanzien van een reeds geboren kind een testamentaire voogd gekozen kan worden (DE BRUIJN-LUCKERS M., "Testamentaire voogdij", *W.P.N.R.*, 1991, nr. 6012, 480; DRION H., "Rechtsvragenrubriek", *W.P.N.R.*, 1976, nr. 5360, 542; JOPPE I., "Gelt een testamentaire voogdijregeling ook voor de nog niet geboren kinderen?", *W.P.N.R.*, 1991, nr. 6013, 501), maar er wordt aangedrongen op een andere uitlegging van art. 292-1 Ned. B.W. (DE BRUIJN-LUCKERS M., o.c., l.c.; G.R., "Rechtsvragenrubriek", *W.P.N.R.*, 1977, nr. 5385, 218) of zelfs op een wetswijziging. De huidige uitlegging van art. 292-1 Ned. B.W. heeft tot gevolg dat een ouder bij de geboorte van een volgend kind telkens opnieuw een akte dient op te maken: de vroegere akte met keuze van een voogd kan niet gelden voor nadien geboren kinderen.

<sup>100</sup> De aanwijzing van een testamentaire voogd is dus niet voorbehouden aan de langstlevende ouder. Vergelijk CREUTZBERG A.A., "Testamentaire voogdij en de ex-echtgenoot", *W.P.N.R.*, 1983, nr. 5846, 576. De langstlevende ouder kan wel de voogdij opvorderen (art. 285, derde lid, Ned. B.W.) (DE BRUIJN-LUCKERS M., o.c., l.c.).

- Een rechtspersoon kan niet als testamentaire voogd aangewezen worden (art. 292-1 Ned. B.W.); merk op dat de rechter daarentegen wel een rechtspersoon tot voogd kan aanstellen.

- Hebben beide ouders van de bevoegdheid om een testamentaire voogd aan te wijzen gebruik gemaakt en sterven zij, zonder dat men kan weten wie het eerst overleden is, dan bepaalt de kantonrechter ambtshalve wiens beschikking gevolg heeft (art. 292-3 Ned. B.W.).

Belangrijk is artikel 280-1 Ned. B.W. inzake het begin van de voogdij. Het bepaalt immers: "De voogdij begint (...) b) voor de voogd die door een ouder is benoemd: op het tijdstip waarop hij zich na het overlijden van deze ouder bereid verklaart de voogdij te aanvaarden." De testamentaire voogdij heeft dus in Nederland geen verplicht karakter voor de gekozen voogd <sup>101</sup>.

57. In de rechtsleer kan men o.a. nog de volgende preciseringen lezen <sup>102</sup>:

a) Een beschikking inzake testamentaire voogdij is een beschikking ter zake des doods, of een uiterste wilsbeschikking in de materiële zin. Zij moet daarom, wil ze geldig zijn, bij testament of bij uitsluitend daartoe opgemaakte notariële akte tot stand komen. Deze beschikkingen kunnen slechts eenzijdig worden opgemaakt. De ouders kunnen derhalve niet samen bij één akte een dergelijke beschikking maken; ieder hunner kan slechts afzonderlijk en onafhankelijk van de ander zulk een beschikking treffen.

b) De getroffen beschikking is herroepelijk tot het overlijden van de betrokkene.

c) Bij de akte kan de ouder aan de voogd een loon toekennen.

d) Uit het in Nederland geldende principe van de ondeelbaarheid van de voogdij volgt dat de ouder niet bevoegd is meer dan één persoon aan te wijzen, die de voogdij zou moeten uitoefenen na zijn overlijden. Wel is het mogelijk dat de ouder meer dan één persoon aanwijst die elkaar in de voogdij zullen opvolgen.

e) De wet kent geen door de ouders benoemde toeziende voogden. Alle toeziende voogden worden benoemd door de rechter, in beginsel de kantonrechter.

58. Er kan hier aangestipt worden dat, ook in Nederland, een zekere kritiek wordt geuit tegen de er geldende regeling inzake testamentaire voogdij. Er is, bijvoorbeeld, de volgende kritische opmerking in verband met de "absolute" keuzevrijheid van de testator: "Het is alleen historisch te verklaren dat in de artt. 292 t/m 294 de wet het mogelijk maakt dat een derde met de voogdij over minderjarige kinderen wordt belast zonder dat de rechter de mogelijkheid heeft deze (testamentaire) voogdijopdracht te toetsen aan het criterium 'het belang van het kind'. Het is in onze ogen onbegrijpelijk dat de gezagsregeling over een minderjarige op zo een simpele wijze d.m.v. een notariële akte, zich kan onttrekken aan het wakend en beschermend oog der justitiële instanties. De bij testament neergelegde wil van de ouder

<sup>101</sup> NUYTINCK H., o.c., *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 353, nr. 4-C, en 355, nr. 5; PITLO, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, deel 1, *Het personen- en familierecht*, Arnhem, 1985, 490 en 499. Vergelijk ook CREUTZBERG A.A., "Testamentaire voogdij en ex-echtgenoot", *W.P.N.R.*, 1987, nr. 5864, 576.

<sup>102</sup> PITLO, o.c., Arnhem, 1985, 488-500.

zou weliswaar voorkeur kunnen worden verleend, echter niet zonder toetsing door de rechter aan het belang van het kind <sup>103</sup>."

59. Belangwekkend is evenwel het pleidooi voor het behoud van de testamentaire voogdij in Nederland. Aldus be- toogt M. de Bruijn-Luckers: "De testamentaire voogdij als mogelijkheid voor ouders om aan te geven wie na hun dood het beste voor hun kinderen kan zorgen moet zeker gehand- haafd blijven <sup>104</sup>." Maar de auteur stelt meteen enkele aan- passingen van het Nederlandse recht inzake testamentaire voogdij voor. Er moeten meer waarborgen ingebouwd wor- den. Zoals bij iedere gezagsuitoefening zou de rechter de be- langen van het kind moeten toetsen en zou de minderjarige van twaalf jaar en ouder gehoord moeten worden. De ou- der(s) zouden een (echt)paar tot voogd moeten kunnen be- noemen en ook het verbod om een rechtspersoon tot voogd te benoemen zou moeten worden afgeschaft.

## 2) Frankrijk

60. De testamentaire voogdij is in Frankrijk geregeld in de artikelen 397-401 Frans B.W., als gewijzigd door de Fran- se wet nr. 64-1230 van 14 december 1964 <sup>105</sup>. Ziedaar al een eerste belangrijke vaststelling: in Frankrijk overleefde de in- stelling van de testamentaire voogdij de hervorming van het voogdijrecht doorgevoerd in 1964!

61. De wettelijke mogelijkheid van een testamentaire voogdij in Frankrijk ligt vervat in artikel 397 Frans B.W. dat thans, na de voormelde hervorming, inhoudt: "Le droit in- dividuel de choisir un tuteur, parent ou non, n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère, s'il a conservé, au jour de sa mort, l'exercice d'administration légale ou de la tutelle." De laatste zinsnede ("s'il a conservé...") werd toe- gevoegd aan art. 397 Code Napoléon bij de voormelde wet van 14 december 1964.

Wat de vorm voor de aanwijzing van de testamentaire voogd betreft, bepaalt nu artikel 398 Frans B.W.: "Cette no- mination ne peut être faite que dans la forme d'un testament ou d'une déclaration spéciale devant notaire." In Frankrijk heeft de wetgever bij voormelde wet van 14 december 1964 de keuze van een voogd bij verklaring afgelegd voor de (vre- de)rechter afgeschaft <sup>106</sup>.

<sup>103</sup> PITLO, o.c., Arnhem, 1985, 500. Vergelijk de ietwat meer ge- nuanceerde stelling van DE BRUIJN-LUCKERS M., "Testamentaire voogdij", *W.P.N.R.*, 1991, nr. 6012, 482.

<sup>104</sup> DE BRUIJN-LUCKERS M., "Testamentaire voogdij", *W.P.N.R.*, 1991, nr. 6012, 482.

<sup>105</sup> *Journal officiel*, 15 december 1965, *Rép. Defrénois*, 1965, lé- gislation, 80; BLONDY P., MORIN G. en MORIN M., *La réforme de l'ad- ministration légale, de la tutelle et de l'émancipation*, tome I, Parijs, 1983, 97, nr. 175; ROUAST A., "La nouvelle législation de la tutelle et de l'administration légale", *J.C.P.* (éd. Not.) 1965, I, 1917. Merk op dat ook in Frankrijk enkelen de afschaffing van de testamentaire voogdij en van de ascendentenvoogdij voorstelden; aldus bv. MI- CHEL G., *La réforme de la tutelle. Etude de droit comparé*, Parijs, 1933, 63. Maar de Franse wetgever heeft bij de grote hervorming van het voogdijrecht in 1964 aan dit voorstel geen gevolg gegeven.

<sup>106</sup> RAISON A., "Minorité, Administration légale, tutelle, Solu- tions pratiques et revue de jurisprudence", *Journal des notaires et des avocats*, 1966, art. 47721, 259, nr. 5. De auteur preciseerd er ook dat z.i. de akten van de vrederechters of van de juges d'instance, houdende keuze van een testamentaire voogd, opgemaakt vóór de

Artikel 401 Frans B.W. houdt (zoals in België, en in te- genstelling met het Nederlandse recht) het principe in van het verplichte krakater van de testamentaire voogdij. Het bepaalt immers: "Le tuteur élu par le père ou la mère n'est pas tenu d'accepter la tutelle s'il n'est d'ailleurs dans la clas- se des personnes qu'à défaut de cette élection spéciale le conseil de famille eût pu en charger." Wel heeft artikel 432 Frans B.W. tot gevolg dat dit verplicht karakter van de (tes- tamentaire) voogdij slechts geldt voor bloed- en aanverwan- ten van de ouders, maar niet voor anderen.

62. Wat de commentaren op het Franse recht inzake tes- tamentaire voogdij betreft, lijkt het belangwekkend op te merken dat de vrijheid van de langstlevende ouder inzake keuze van de voogd toch niet absoluut wordt geacht, gelet op het wezen of het doel van de voogdij, zijnde het belang van het kind. Een rechterlijke controle op die keuze blijkt mogelijk. "Le juge des tutelles qui estimera que le choix du tuteur a été effectué selon d'autres motifs que l'intérêt de l'enfant, pourra saisir le tribunal de grande instance en an- nulation de la désignation testamentaire. Le droit de désig- ner un tuteur conféré au dernier mourant des père et mère n'est pas un attribut discrétionnaire de l'autorité parentale et les tribunaux ont le pouvoir de le contrôler <sup>107</sup>."

Verder besteden de Franse auteurs aandacht aan de mo- gelijkheid van benoeming van twee testamentaire voogden, in die zin dat de langstlevende ouder al een tweede, subsi- diaire testamentaire voogd zou kunnen kiezen voor het geval dat de eerst gekozen voogd tijdens de minderjarigheid van de pupil zijn functie van voogd niet meer verder zou kunnen uitoefenen, om welke reden ook. Er is rechtsleer die stelt dat een dergelijke dubbele keuze mogelijk en wettelijk is <sup>108</sup>.

## 3) Groothertogdom Luxemburg

63. Het Luxemburgse recht inzake voogdij werd grondig hervormd door een wet van 6 februari 1975 <sup>109</sup>. Ook hier heeft de instelling van de testamentaire voogdij de hervor- ming overleefd.

64. Het Luxemburgse recht inzake testamentaire voogdij is nagenoeg gelijk aan het Franse recht, nu de tekst van de artikelen 397, 401 en 432 Lux. B.W. en de tekst van dezelfde artikelen uit het Franse B.W. identiek zijn. Hieruit volgt dus dat, in het Luxemburgse recht, de langstlevende ouder een voogd mag kiezen (art. 397 Lux. B.W.), en dat deze voogdij

inwerkingtreding van de Franse wet van 14 december 1964, geldig blijven en dus rechtsgevolgen kunnen hebben, en dit op grond van de Franse principes inzake het overgangsrecht met betrekking tot de vorm van testamenten. Deze beschouwing gaat, mutatis mutan- dis, ook in België op, met betrekking tot de keuze van een voogd in vroegere mystieke testamenten, ondanks de afschaffing van het mystieke testament bij wet van 2 februari 1983. ROUAST A., "La nou- velle législation de la tutelle de l'administration légale", *J.C.P.* (éd. not.), 1965, I, 1917, nr. 30.

<sup>107</sup> MONToux D., in *Juris Classeur*, not. form., V° "Mineurs-ma- jeurs protégés", fascicule B-1, Parijs, 1985, 14, nr. 111.

<sup>108</sup> BLONDY P. en MORIN G., "La réforme de l'administration lé- gale, de la tutelle et de l'émancipation", *Rép. Defrénois*, 1965, art. 28.739, 425, nr. 181; RAISON A., *Le statut des mineurs et majeurs pro- tégés*, Parijs, 1989, 118, nr. 217.

<sup>109</sup> MOUSEL J.P., "Evolution récente du droit des personnes dans le Grand-Duché de Luxembourg", *J.T.*, 1977, 150, nrs. 28 en 31; NUYTINCK H., o.c., *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 345.

in principe verplicht is (art. 401 Lux. B.W.), behalve voor personen die geen bloed- of aanverwant zijn van de ouders van het betrokken kind (art. 432 Lux. B.W.). Wat de vorm van die keuze betreft, zijn de artikelen 398 Lux. B.W. en 398 Belgisch B.W. gelijkkluidend. Die keuze moet gebeuren bij testament of bij verklaring afgelegd, hetzij voor de vrederechter bijgestaan door zijn griffier, hetzij voor notaris.

## J. Ten uitgeleide. De testamentaire voogdij afschaffen of niet?

### 1) Zes argumenten tegen de afschaffing

65. Inzake de problematiek betreffende het al of niet afschaffen van de testamentaire voogdij kan o.i. onder andere rekening gehouden worden met de volgende zes elementen.

66.a) *Een nieuwe "markt" voor, een nieuwe vraag naar de testamentaire voogdij.* Anno 1992 blijkt er een nieuwe "markt" te zijn voor de testamentaire voogdij, enerzijds wegens enkele recente wetswijzigingen, en anderzijds om reden van nieuwe "sociologische" gegevens.

Er zijn meer enige ouders van kinderen (o.a. bewust ongehuwde moeders, personen die alleen een kind ten volle adopteren). Verder kan thans de testamentaire voogdij toepassing vinden, niet alleen op minderjarigen, maar ook op verlengd minderjarigen.

Sommigen zijn van mening dat de testamentaire voogdij ook een mogelijke heropleving kan kennen wegens het verhoogde risico van gelijktijdig overlijden van de beide ouders, zoals bij verkeersongevallen, vliegtuigongevallen, ontploffingen, enz.<sup>110</sup>

Een ander gegeven is de afbouw (of een zekere ontwikkeling in die zin) van het brede familieverband ten voordele van het kerngezin, wat de opname van de kinderen, na het overlijden van de ouders, in de familie minder vanzelfsprekend maakt. Goede vrienden van den huize zijn soms meer vertrouwd met het ouderlijk milieu van de kinderen en mogelijk meer bereid en geschikt om hen op te vangen en verder op te voeden<sup>111</sup>.

67.b) *De rechtsvergelijking.* De rechtsvergelijking toont aan dat in vele landen, en vooral in alle ons omringende landen, de testamentaire voogdij bestaat en zelfs is behouden. Dat moet toch tot nadenken stemmen! Er is meer. In Frankrijk in 1964, en in het Groothertogdom Luxemburg in 1965, kwam een grote hervorming van het recht i.v.m. de minderjarigen tot stand, maar de bestaande wettelijke mogelijkheid van de testamentaire voogdij werd er niet afgeschaft. Het ware dus nuttig na te gaan om welke redenen de wetgever in de ons omringende landen de testamentaire voogdij behoudt, en die motieven en argumenten te plaatsen tegenover de argumenten van hen die in België pleiten voor de afschaffing van de testamentaire voogdij.

68.c) *Noodzaak van een voorafgaand nieuw grondig onderzoek te velde.* Men gaat toch niet, "op blinde wijze", de huidige testamentaire voogdij afschaffen. Vooraleer de afschaffing van de testamentaire voogdij wordt voorgesteld, lijkt het ons absoluut noodzakelijk dat een (nieuw of recent sociologisch) onderzoek "te velde" geschiedt, dus vooral bij de vrederechters en de notarissen opdat hun praktijk en ervaring tot de besluitvorming kunnen bijdragen.

69.d) *De zeldzaamheid van de testamentaire voogdij is geen doorslaggevend argument.* Het komt ons voor dat het feit dat de testamentaire voogdij mogelijk zeldzaam voorkomt, geen doorslaggevend argument is voor de afschaffing van de testamentaire voogdij. Wel integendeel, de zeldzaamheid van deze gevallen wettigt nog niet dat men er laetdunkend op neerziet, nu precies in die (mogelijk zeldzame) gevallen waarin de testamentaire voogdij nodig is, de wettelijke mogelijkheid van aanwijzing van een testamentaire voogd de billijkste of adequaatste oplossing kan vormen.

Overigens, de zeldzaamheid van de gevallen van testamentaire voogdij kan te wijten zijn aan het feit dat de testamentaire voogdij niet voldoende bekendheid geniet<sup>112</sup>.

70.e) *De persoon van de pupil verdient minstens evenveel aandacht als de goederen van de pupil.* Er wordt door de wetgever, door de rechtsleer en door rechtspractici veel aandacht besteed aan de problematiek van het bestuur van goederen van handelingsonbekwamen. Maar het bestuur van de persoon van de handelingsonbekwamen vergt minstens evenveel aandacht, en de gamma mogelijkheden die in dezen reeds bestaan, mogen dus niet nodeloos of lichtzinnig beperkt worden. Die mogelijkheden laten verfijning naar het concrete geval toe. De afschaffing van de testamentaire voogdij betekent o.i. minder rechtsverfijning, minder recht.

71.f) *Hervormingsvoorstellen pleiten voor het behoud van de testamentaire voogdij, met aanpassing van enkele modaliteiten.* Blijkens een grondig wetenschappelijk praktijkonderzoek te velde, grondig rechtsvergelijkend onderzoek en analyse van de bestaande hervormingsvoorstellen in België komen de navorsers H. Nuytinx en R. Gotzen in 1983 tot het besluit dat de testamentaire voogdij behouden kan blijven. Wel pleiten zij voor een toetsingsrecht van de vrederechter. Deze rechter zou de verplichting hebben na te gaan of de gekozen voogd op het ogenblik van het openvallen van de voogdij wel geschikt is voor het kind; wanneer de benoeming van die persoon tot voogd nadelig zou zijn voor de minderjarige, zou een andere meer geschikte persoon tot voogd benoemd kunnen worden. Maar de vrederechter zou de gekozen voogd slechts kunnen weren wanneer hij denkt dat daar zeer ernstige redenen voor bestaan<sup>113</sup>. Deze onderzoekers voeren vooral drie argumenten aan ter staving van de wenselijkheid van het toetsingsrecht van de vrederechter:

1) Er kan immers een belangrijke tijdsspanne verlopen zijn tussen het ogenblik van de keuze van een voogd door de langstlevende ouder, en de datum van overlijden van

<sup>110</sup> NUYTINCK H., en GOTZEN R., "Voogdij over minderjarigen, een voorstel tot hervorming", *Acta Falconis*, 1983, nr. 4, 95.

<sup>111</sup> NUYTINCK H. en GOTZEN R., o.c., *Acta Falconis*, 1983, nr. 4, 95.

<sup>112</sup> NUYTINCK H., en GOTZEN R., o.c., *Acta Falconis*, 1983, nr. 4, 88 en 94-95.

<sup>113</sup> NUYTINCK H., en GOTZEN R., o.c., *Acta Falconis*, 1983, nr. 4, 93-94.

laatstvermelde. De omstandigheden kunnen ondertussen zodanig veranderd zijn dat de toenmalige voorkeur van de testator niet meer met zijn opvattingen vlak voor zijn overlijden overeenstemt.

2) Het toetsingsrecht is in het belang van de minderjarige. Stellig, in de meeste gevallen laten de ouders zich leiden door het hoger belang van het kind. Maar, voor de enkele keren dat ouders zich zouden vergissen of zich bij hun keuze zouden hebben laten leiden door andere motieven dan het belang van het kind, lijkt het voormelde onderzoekers aangewezen om de rechter de mogelijkheid te geven deze situatie recht te zetten. De automatische benoeming van de aangewezen testamentaire voogd, met daarna weliswaar de mogelijkheid tot ontzetting bij wangedrag, onbekwaamheid of ontrouw, kan onherroepelijk schade en leed berokkenen aan de minderjarige.

3) Een laatste argument ten voordele van een toetsingsrecht van de vrederechter putten voormelde onderzoekers uit de rechtspositie van de minderjarige. Zoals de testamentaire voogdij thans in het Belgische recht geregeld is, is het mogelijk dat de minderjarige in generlei mate betrokken werd bij de benoeming van de voogd. De ouders konden nalaten vooraf over deze kwestie overleg te plegen met hun kinderen, bv. omdat de kinderen nog te jong waren. De vrederechter moet de jongere de kans geven zich uit te spreken over de voorkeur van zijn (langstlevende) ouder.

De voormelde onderzoekers besluiten dus dat het, *de lege ferenda*, wenselijk is dat de keuze van de (langstlevende) ouder niet onaantastbaar zou zijn. Maar aan de vrederechter zou blijkbaar slechts een marginaal toezichtsrecht mogen worden toegekend nu deze onderzoekers herhalen dat alleen om uitzonderlijk gewichtige motieven de vrederechter zou mogen afwijken van de ouderlijke wilsverklaring <sup>114</sup>.

Hier kan herhaald worden dat o.i., *de lege lata*, de rechter reeds een toetsingsrecht heeft op grond van de ratio legis of het wezen van de instelling van de voogdij (het belang van het kind) en op grond van de principes inzake de organisatie van de voogdij die de openbare orde betreffen; welnu, een keuze van de ouder die kennelijk ingaat tegen het belang van de minderjarige en hem werkelijk nadelig zou zijn, zou dus geweerd kunnen worden op basis van die redenen, desgewenst in samenhang met de artikelen 6, 900, 1131 en 1133 B.W.; dit is dan meteen de reden waarom de invoering van een expliciet wettelijk toetsingsrecht o.i. geen dringende aangelegenheid is.

72. Merk op dat, in 1883, ook F. Laurent voorstelde de testamentaire voogdij te handhaven, blijkens art. 390 B.W. uit zijn voorstel inzake een nieuw Burgerlijk Wetboek (*Avant-projet du code civil*) <sup>115</sup>. En later, in 1947, verdedigt ook M. Gevers de zienswijze dat, in een hervorming van het Belgische voogdijrecht, de testamentaire voogdij het best zou behouden blijven, onder voorbehoud van een zeker toezichtsrecht van de familieraad <sup>116</sup>.

<sup>114</sup> NUYTINCK H. en GOTZEN R., o.c., *Acta Falconis*, 1983, nr. 4, 94.

<sup>115</sup> *Pand. B.*, tome 125, Brussel, 1925, V° "Tutelle testamentaire", 404, nr. 1.

<sup>116</sup> GEVERS M., *La tutelle et l'administration légale. Essai de réforme*, Brussel-Parijs, 1947, blz. 147. De auteur licht haar zienswijze als volgt toe (blz. 33): "Quant à la tutelle testamentaire, je la maintiendrais dans une certaine mesure, et ce sens que le droit pour

Overigens, is het geen teken aan de wand dat de wetgever in 1938, met de wet van 7 maart 1938, de mogelijkheid van een keuze van een testamentaire voogd uitbreidde tot de natuurlijke kinderen, en wel ten behoeve van de enige ouder, of van de langstlevende der beide ouders (oud art. 401bis B.W., thans afgeschaft bij de wet van 31 maart 1987) <sup>117</sup>? In 1938 stond de wetgever dan toch blijkbaar niet negatief tegenover de testamentaire voogdij...

## 2) Pleidooi voor het behoud van de testamentaire voogdij met afschaffing van het verplichte karakter ervan

73. Het komt ons trouwens voor dat er geen dilemma is: al of niet afschaffen van de testamentaire voogdij. Er is een derde mogelijkheid — die wij trouwens verkiezen — namelijk de aanpassing van het recht i.v.m. de testamentaire voogdij.

Een dringend noodzakelijke wijziging betreft o.i. de afschaffing van het verplichte karakter van de testamentaire voogdij (zoals in Nederland). Hij die verneemt dat hij bij testament is aangewezen als voogd, zou, in alle omstandigheden, het recht moeten hebben deze testamentaire voogdij te weigeren. Het is niet uitgesloten dat, na aanneming van die wetswijziging, de testamentaire voogdij een zekere heropleving zou kennen, nu de "langstlevende" ouder met ietwat minder schroom zijn voorkeur kan uitspreken, wetende dat de door hem verkozen persoon niet verplicht zal zijn de last van de voogdij op zich te nemen als dit hem (op het ogenblik van het overlijden van die ouder) niet (meer) past.

74. Hier kan aangestipt worden dat de voormelde navorsers H. Nuytinck en R. Gotzen in hun hervormingsvoorstel pleiten voor de aanneming van het principe van de vrijheid van de voogd om al dan niet de voogdijopdracht te aanvaarden. Een voogd die tegen zijn wil in verplicht wordt die opdracht te aanvaarden, is immers meestal geen goede voogd voor de minderjarige. Om de minderjarige de meeste kansen te bieden voor een harmonieuze ontplooiing is het van belang dat de voogd zich persoonlijk verbindt om zich met hart en ziel toe te wijden aan de begeleiding van het hem toevertrouwde kind <sup>118</sup>. Wat de testamentaire voogdij betreft, onderschrijven wij dit besluit.

75. Er is meer. Er bestaan reeds wetsvoorstellen inzake o.a. de afschaffing van het verplichte karakter van de opgedragen voogdij. Aldus is er het recente wetsvoorstel van senator Cerexhe van 29 april 1992 betreffende de familieraad en de voogdij <sup>119</sup>. Het bevat een voorstel van een nieuw arti-

le dernier survivant des parents, ayant exercé jusqu'à son décès l'administration légale, de désigner un tuteur pour après sa mort, existerait, mais serait sujet à caducité s'il y avait de justes motifs pour le conseil de famille d'écarter ce choix. Il faudrait cependant que le conseil de famille motivât spécialement le rejet du tuteur testamentaire."

<sup>117</sup> Wet van 7 maart 1938 betreffende de voogdij over de natuurlijke kinderen, *B.S.*, 12 maart 1938, *T. Not.*, 1938, 89; RENS R., "De voogdij over natuurlijke kinderen ingericht door de wet van 7 maart 1938", *T. Not.*, 1938, 161-166, vooral 163, nr. 5.

<sup>118</sup> NUYTINCK H., en GOTZEN R., "Voogdij over minderjarigen. Een voorstel tot hervorming", *Acta Falconis*, 1983, nr. 4, 98.

<sup>119</sup> Voorstel van wet betreffende de familieraad en de voogdij, ingediend door senator Cerexhe op 29 april 1992, buitengewone zitting Senaat 1991-92, nr. 318-1.

kel 427 B.W. waarvan het eerste lid zou luiden : "Behoudens de gevallen van voogdij van rechtswege, kan niemand worden genoodzaakt de voogdij op zich te nemen." Wat de testamentaire voogdij betreft, onderschrijven wij dat voorstel. De vraag rijst of het opportuun is dit principe van het niet-verplichte karakter van de opgedragen voogdij ook uit te breiden tot de datieve voogdij; voor ons is het antwoord ontkennend. Maar deze laatstvermelde problematiek betreffende de datieve voogdij valt buiten het onderwerp van deze bijdrage.

### 3) Het hoofdcriterium bij een wetsaanpassing: het belang van het kind

76. Het Hof van Cassatie overweegt dat de instelling van de voogdij is georganiseerd in het belang van de minderjarige <sup>120</sup>. Is de hoofdvraag derhalve niet: "Wat vergt het belang van de minderjarigen? De afschaffing van de testamentaire voogdij? Het behoud van de huidige wettelijke regeling inzake de testamentaire voogdij? Of het behoud van de testamentaire voogdij maar met aanpassing van de huidige wettelijke regeling?" Hic et nunc pleiten wij voor de laatstvermelde, derde optiemogelijkheid. Maar het debat is open. En

<sup>120</sup> Cass., 25 mei 1888, *Pas.*, 1888, I, 241, met het advies van eerste advocaat-generaal MELOT, i.v.m. een geval van testamentaire voogdij; Cass., 7 mei 1954, *R.W.*, 1954-1955, 216, *Pas.*, 1954, I, 762, *J.T.*, 1954, 383, *R.C.J.B.*, 1954, 176, noot R. DEKKERS, i.v.m. een geval van datieve voogdij; Cass., 11 januari 1973, *Pas.*, 1973, I, 467, *Arr. Cass.*, 1973, 488. Vergelijk Brussel, 27 maart 1901, *Ann. Not.*, 1901, 335; Rb. Nijvel, 30 mei 1979, *Rev. Not. B.*, 1979, 366, bevestigd door Brussel, 14 mei 1980, *J.T.*, 1981, 61.

bij de hervorming van het voogdijrecht wordt dit een van de te overwegen principiële vragen. De afschaffing van de testamentaire voogdij betekent een ruimer impact van de overheid en een verlies van een recht voor de particulier... Is het niet zo dat een evenwicht tussen de rechten en plichten van respectievelijk de ouder en de overheid (rechter) kan liggen in het behoud van het recht van keuze van een voogd door de langstlevende ouder, en in een marginaal recht van toezicht op die keuze door de overheid (rechter)?

### 4) De wijziging van art. 401 B.W.: een dringende wetswijziging

77. Zeer concreet kan thans gepleit worden voor een snelle wijziging van het huidige artikel 401 B.W., dat thans het principe van het verplichte karakter van de testamentaire voogdij bevat. Dit artikel dient o.i. gewijzigd te worden en het tegenovergestelde principe in te houden, namelijk de vrijheid voor de door de "langstlevende" ouder gekozen voogd om de testamentaire voogdij al of niet te aanvaarden. Dit onderdeel van het Nederlandse recht inzake testamentaire voogdij kan hier te lande tot voorbeeld strekken.

De wijziging van artikel 401 B.W. geschiedt het best bij afzonderlijke wet. Wanneer deze wetswijziging immers geïntegreerd zou worden in een voorstel tot algehele hervorming van het voogdijrecht, is het mogelijk dat nog enkele jaren, misschien decennia, gewacht zal moeten worden op de gewenste wijziging van dit ene artikel 401 B.W.

Carl DE BUSSCHERE  
Doctor in de Rechten

## RECHTSPRAAK

### HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 9 MAART 1992

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: mevr. Charlier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. De Bruyn en Kirkpatrick

**Arbeidsovereenkomst – Bedienden – Overeenkomst voor onbepaalde tijd – Einde – Opzegging – 1. Opzeggingstermijn – Dezelfde werkgever – Begrip – 2. Opzeggingsvergoeding – Voordelen verworven krachtens de overeenkomst – Bepaalbaarheid**

1. In art. 82, § 2, tweede lid, *W.A.O.* wordt met de woorden «dezelfde werkgever» bedoeld de economische bedrijfseenheid die de onderneming vormt, zelfs al is het bestuur ervan gewijzigd.

De in aanmerking te nemen dienst hoeft niet ter uitvoering van dezelfde arbeidsovereenkomst te zijn verricht.

2. De opzeggingsvergoeding behelst het loon en de voordelen verworven krachtens de overeenkomst, voor zover het mogelijk

is het bedrag of althans het minimumbedrag ervan, ten tijde van het ontslag, met zekerheid vast te stellen.

S. t/ N.V. M.

Gelet op het bestreden arrest, op 9 oktober 1990 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 82, § 2, eerste en tweede lid, § 3 en § 4, en 39, § 1, van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978,

...

Overwegende dat, enerzijds, met de woorden «dezelfde werkgever» uit artikel 82, § 2, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 wordt bedoeld de economische bedrijfseenheid die de onderneming vormt, zelfs al is het bestuur ervan gewijzigd;

Overwegende dat, anderzijds, niet vereist is dat de voor de toepassing van voornoemd artikel in aanmerking te nemen dienst bij dezelfde werkgever is vervuld ter uitvoering van dezelfde arbeidsovereenkomst;

Overwegende dat het arrest vaststelt: «(Eiser) treedt op 30 augustus 1965 in dienst bij de N.V. H. te W. als inspecteur van de verkoop van de vrachtwagens Hanomag-Henschel (afdeling Luik, Namen, Luxemburg); (eiser) wordt op 1 januari 1972 in dienst genomen door de N.V. B., volgens de brieven van 25 maart en 21 september 1971; zijn functie en loon blijven dezelfde; niet betwist wordt dat (eisers) overeenkomst met de vennootschap H. op 31 december 1971 wordt beëindigd, waarbij (eiser) evenwel nalaat te vermelden dat hij bij die eerste werkgever een opzeggingsperiode heeft uitgedaan»;

Overwegende dat het arrest aldus erop wijst dat eiser sedert 30 augustus 1965 onafgebroken dezelfde functie van inspecteur van de verkoop van de vrachtwagens Hanomag-Henschel in de sector Luik, Namen, Luxemburg had uitgeoefend, en vervolgens niet zonder schending van artikel 82 van de wet van 3 juli 1978 kon weigeren de door eiser van 30 augustus 1965 tot 1 januari 1972 bij de N.V. H. verworven anciënniteit in aanmerking te nemen, alleen op grond dat «niet wordt aangetoond en zelfs niet wordt beweerd dat er enige rechtsband bestond» tussen die vennootschap en de vennootschap B, in wier rechten verweerster uiteindelijk is getreden;

Dat het middel gegrond is;

*Over het tweede middel:* schending van artikel 39, § 1, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978,

*doordat* het arrest erop wijst dat uit het reglement van de door verweerster voor haar personeelsleden gesloten groepsverzekering «blijkt dat het geheel van de aan het personeel toegekende voordelen wordt verkregen door de betaling van persoonlijke bijdragen (sector 'rust') en door stortingen van de werkgever die elk jaar worden bepaald op grond van een actuariële berekening (sector 'overlijden' en 'invaliditeit')», en vervolgens beslist dat die stortingen niet begrepen mogen worden in de grondslag voor de berekening van de opzeggingsvergoeding op grond dat zij «niet kunnen worden geïndividualiseerd» en dat «het voordeel dat daaruit voor elke bediende voortvloeit niet kan worden vastgesteld»,

*terwijl* de werkgeversbijdrage om de personeelsleden te dekken tegen de risico's van overlijden en invaliditeit een «voordeel verworven krachtens de overeenkomst» is, in de zin van artikel 39, § 1, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 en in de grondslag van de opzeggingsvergoeding moet worden begrepen; de omstandigheid dat die bijdrage niet geïndividualiseerd is de aard van het voordeel niet beïnvloedt; daaruit volgt dat het arrest, door die werkgeversbijdrage uit de grondslag van de opzeggingsvergoeding uit te sluiten, artikel 39, § 1, tweede lid, van de wet van 3 juli 1978 schendt;

Overwegende dat, naar luid van artikel 39, § 1, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978, de opzeggingsvergoeding niet alleen het lopende loon behelst, maar ook de voordelen verworven krachtens de overeenkomst;

Dat dit loon en die voordelen worden berekend volgens de wettelijke en conventionele bepalingen die het mogelijk maken het bedrag of althans het minimumbedrag ervan, ten tijde van het ontslag, met zekerheid vast te stellen;

Overwegende dat het arrest, zonder dienaangaande te worden bekritiseerd, oordeelt dat het voordeel dat elke bediende haalt uit die jaarlijkse stortingen van de werkgever op grond van een actuariële berekening, «onbepaalbaar» is;

Dat het arrest, door te beslissen dat een dergelijk voordeel «niet mag worden begrepen in de grondslag voor de berekening van de opzeggingsvergoeding», voornoemd artikel 39 niet schendt;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

NOOT – Zie ook in dit nummer Cass., 18 mei 1992, met de conclusie van het O.M.

## HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 16 MAART 1992

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal

Advocaat: mr. Simont

### Arbeidsduur – Ter beschikking van werkgever zijn – Begrip

*De werknemer is niet ter beschikking van de werkgever gedurende de dagen en uren die buiten de voor hem geldende arbeidstijdregeling vallen, ook al wordt die regeling hem pas enkele dagen te voren meegedeeld.*

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

Gelet op het bestreden arrest, op 15 juni 1990 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

*Over het derde onderdeel van het eerste middel:* schending van artikel 19, tweede lid, van de Arbeidswet van 16 maart 1971,

*doordat* het arrest, na vastgesteld te hebben dat in artikel 3 van de arbeidsovereenkomst tussen partijen het volgende was bepaald: «De deeltijdse/volgtijdse werknemer werkt min. 20 uren verdeeld over zes dagen per week met een maximum van ... uren per dag en volgens een van de werkroosters bepaald in het arbeidsreglement. Hij zal door de werkgever ten minste vijf werkdagen op voorhand via het plaatselijk afsprakenboek of een ander geschrift over zijn te verrichten dagelijkse arbeidsprestaties worden ingelicht», beslist dat deze arbeidsovereenkomst geen deeltijdse arbeidsovereenkomst is, dat immers, overeenkomstig artikel 11bis van de arbeidsovereenkomstenwet, de arbeidsovereenkomst gesloten voor deeltijdse arbeid schriftelijk wordt vastgesteld, waarbij het geschrift de overeengekomen deeltijdse arbeidsregeling en werkrooster vermeldt, dat dit impliceert dat de werknemer weet waaraan zich precies te houden, hetgeen in casu niet het geval is nu de werkgever de keuze heeft hem verschillende werkroosters op te leggen gaande tot en met een volledige tewerkstelling, dat anderzijds, waar de werkgever zich de mogelijkheid voorbehoudt de arbeidsprestaties te regelen tot «ten minste vijf werkdagen op voorhand», dit in feite betekent dat de werknemer niet vrijelijk over zijn arbeidstijd kan beschikken en dat hij geacht wordt volledig ter beschik-

king te zijn van zijn werkgever, dat, helemaal in overeenstemming met het tweede lid van artikel 19 van de arbeidswet, de tijd gedurende welke de betrokkene ter beschikking is, als arbeidstijd wordt beschouwd en dat hiervoor het overeenkomstig loon verschuldigd is, dat logischerwijze ook het gewestelijk bureau van de R.V.A. tot die conclusie gekomen is, namelijk dat de betrokkene «voltijds» werd tewerkgesteld, met een aanpassing van zijn dossier in die zin, en op grond van bovenvermelde overwegingen eiseres veroordeelt om aan verweerder het loontekort, zijnde het verschil tussen het uitbetaalde loon en het loon voor een voltijdse arbeidsregeling, te betalen,  
terwijl (...)

Overwegende dat, naar luid van artikel 19, tweede lid, van de Arbeidswet, onder arbeidsduur wordt verstaan: de tijd gedurende welke het personeel ter beschikking van de werkgever is;

Dat de werknemer niet ter beschikking van de werkgever is gedurende de dagen en uren die buiten de voor hem geldende arbeidstijdregeling vallen, ook al wordt die regeling hem pas enkele dagen te voren meegedeeld;

Overwegende dat het arbeidshof oordeelt dat, «waar de werkgever zich de mogelijkheid voorbehoudt de arbeidsprestaties te regelen tot 'ten minste vijf werkdagen op voorhand', dit in feite betekent dat de werknemer niet vrijelijk over zijn arbeidstijd kan beschikken en dat hij geacht wordt volledig ter beschikking te zijn van zijn werkgever»;

Dat het arbeidshof door dit oordeel artikel 19, tweede lid, van de Arbeidswet schendt;

...

NOOT – In een ander arrest van dezelfde datum besliste het Hof van Cassatie dat, behoudens afwijkende of contractuele regeling, de werknemer geen aanspraak op loon heeft voor de periode gedurende welke hij, zelfs door toedoen van de werkgever, geen arbeid verricht.

## HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 18 MEI 1992

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal  
Advocaat: mr. Simont

### Arbeidsovereenkomst – Bedienden – Einde – Werkgever – Opzeggingstermijn – Dezelfde werkgever – Begrip

*Voor de toepassing van art. 82, § 2, tweede lid, W.A.O. wordt de bediende geacht in dienst van dezelfde werkgever te zijn geweest, wanneer hij zonder onderbreking achtereenvolgens dezelfde arbeid heeft verricht in dienst van twee werkgevers die overeengekomen zijn dat de ene een bepaalde bedrijvigheid van de andere overneemt.*

B.V.B.A. H. t/ L.

### Conclusie van procureur-generaal Lenaerts

Het eerste middel komt op tegen de beslissing dat verweerder in dienst van dezelfde werkgever is gebleven toen zij overstapte van haar vroegere werkgever naar eiseres.

Het begrip «dezelfde werkgever» in de zin van artikel 82, § 2, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet, heeft volgens de constante rechtspraak van het Hof, betrekking op «de economische bedrijfsseenheid die de onderneming vormt, zonder rekening te houden met de wijziging van het rechtskarakter ervan»<sup>1</sup>.

Deze omschrijving is volledig afgestemd op de werkgevers die ingeschakeld zijn in het economisch leven. Ook het arbeidshof toetst die betwiste rechtsverhouding aan hetzelfde begrip. En eiseres verwijt de rechters daarvan een verkeerde toepassing te hebben gemaakt.

Alle werkgevers zijn evenwel niet ingeschakeld in het economisch leven, exploiteren geen onderneming. Want een onderneming is, volgens het Sociaalrechtelijk Woordenboek, een «zelfstandige economische eenheid, gericht op het exploiteren van een of meer bedrijven met het oog op het maken van winst»<sup>2</sup>. Van Dales Groot Woordenboek der Nederlandse Taal sluit daarbij aan: «onderneming» is een «zelfstandig, op winst gericht bedrijf of complex van bedrijven als zodanig».

Nu wordt het winstoogmerk misschien niet altijd als een wezenlijk element van de onderneming beschouwd of wordt daaraan een ruimere betekenis gegeven. Procureur-generaal Ganshof van der Meersch wees in 1973 reeds op de evolutie die het begrip «winstoogmerk» onder de invloed van het gemeenschapsrecht heeft ondergaan<sup>3</sup>.

De omschrijving die de voormelde rechtspraak van het Hof van «dezelfde werkgever» geeft, blijft zich hoe dan ook bewegen in de economische sfeer. En daar horen niet alle werkgevers thuis. Dat is namelijk het geval met de V.Z.W.'s, die volgens artikel 1 van de wet van 27 juni 1921, «niet nijverheids- of handelszaken drijf(ven) of welke niet tracht(en) een stoffelijk voordeel aan haar leden te verschaffen». Ook andere rechtspersonen die personeel kunnen tewerkstellen, zoals instellingen van openbaar nut, beroepsverenigingen, kerkfabrieken, staan volkomen buiten de economie, evenals overigens een aantal natuurlijke personen, bijvoorbeeld zij die een vrij beroep uitoefenen. Op alle moet het begrip «dezelfde werkgever» in de zin van artikel 82, § 2, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet toepassing kunnen vinden, wat bijvoorbeeld impliciet wordt bevestigd door het arrest van 6 november 1989<sup>4</sup>. Dat geldt ook in onderhavige zaak, nu de eerste werkgever van verweerder een V.Z.W. was.

<sup>1</sup> Cass., 14 juni 1957 (A.C., 1957, 859), 28 maart 1958 (A.C., 1958, 574), 2 juni 1971 (A.C., 1971, 979), 22 dec. 1971 (A.C., 1972, 414) en 15 april 1985 (A.C., 1984-85, nr. 479) (citaat uit laatstvermeld arrest). Zie ook Cass., 9 maart 1992, A.R. 9318.

<sup>2</sup> Zie ook concl. O.M. bij Cass., 1 april 1985 (A.C., 1984-85, nr. 460).

<sup>3</sup> Noot onder Cass., 19 jan. 1973 (A.C., 1973, 515). Zie ook concl. bij Cass., 22 jan. 1952 (Pas., 1952, I, 285).

<sup>4</sup> A.C., 1989-90, nr. 142.

Er bestaat dus ongetwijfeld ook behoefte aan een niet-economische omschrijving van het begrip. Daarin moeten dan wel dezelfde elementen terug te vinden zijn als in die van de rechtspraak. Men kan zelfs zeggen dat het begrip moet beantwoorden aan de drie elementen die volgens eiseres vereist zijn om van dezelfde werkgever te kunnen spreken. Uit de economische sfeer gehaald komen die vereisten hierop neer:

1° de beide werkgevers moeten een zelfde, ten minste een soortgelijke of aanvullende bedrijvigheid hebben;

2° er moet een juridische band tussen beide bestaan;

3° de dienstbetrekking van de werknemer mag niet onderbroken zijn.

Uit de vaststellingen van het arrest blijkt dat in deze zaak aan die vereisten ruimschoots is voldaan:

1° de tweede werkgever heeft de bedrijvigheid van de eerste, met de uitvoering waarvan verweerster was belast – met name de redactie van het tijdschrift – overgenomen;

2° die overname – niet van de onderneming, maar van de bedrijvigheid – was het gevolg van een tussen beide werkgevers gesloten overeenkomst;

3° verweerster is door beide werkgevers zonder onderbreking achtereenvolgens tewerkgesteld.

Daar komt zelfs nog bij dat verweerster voor beide werkgevers precies hetzelfde werk verrichtte en de overname uitsluitend de bedrijvigheid betrof waarop de arbeid van verweerster betrekking had. Haar tewerkstelling liep onveranderd gewoon door. Alleen de rechtspersoon in wier dienst zij haar taak uitvoerde, was een andere.

In die omstandigheden heeft het arbeidshof artikel 82, § 2, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet juist toegepast. (...)

Het middel kan niet slagen.

### Arrest

Gelet op het arrest, op 5 maart 1991 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

*Over het eerste middel:* schending van de artikelen 97 van de Grondwet en 82, § 1, tweede lid, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten,

*doordat* het arbeidshof eiseres tot betaling van een bijkomende opzegvergoeding heeft veroordeeld op grond: «dat uit de stukken, door beide partijen neergelegd, blijkt dat: op 17 juni 1985 tussen de V.Z.W. M., eigenaar van titels Meubel-Echo en Echo du Meuble (1); de V.Z.W. B. (2) en de B.V.B.A. H. (3), eiseres tot cassatie een overeenkomst wordt gesloten waarbij eiseres belast wordt met de exploitatie van de titels Meubel-Echo en Echo du Meuble, eigendom van de V.Z.W. M.; er ingevolge de gesloten overeenkomst een paritair redactiecomité opgericht zal worden waarvan alle partijen deel zullen uitmaken en waar alle informatie zal verstrekt worden omtrent de publikaties; de B.V.B.A. H. (eiseres) belast wordt met de aanstelling van een beroepsjournalist om de uitgaven te verzorgen; verder in detail de samenwerking tussen partijen geregeld wordt wat betreft de advertenties, de prijzen, e.d.; aan de B.V.B.A. H. (eiseres) wat genoemd wordt 'de regie' van de tijdschriften wordt toevertrouwd als monopolie, terwijl de tijdschriften zelf de eigendom blijven van de V.Z.W. M.; de overeenkomst voor onbepaalde tijd wordt gesloten; dat uit de stukken nog blijkt dat verweerster bij arbeidsovereenkomst van

17 september 1984 in dienst was van de V.Z.W. M. als journaliste met als hoofdplicht de redactie en de opmaak van de tijdschriften Meubel-Echo – Echo du Meuble; dat op 1 juli 1985 verweerster in dienst van eiseres treedt; dat op 3 maart 1986 de V.Z.W. M. laat weten dat zij op 28 februari 1986 ontbonden werd; dat op 10 maart 1986 eiseres de opzegging aan verweerster betekent, met een opzeggingsvergoeding van twee weken, aangezien de proeftijd van verweerster geschorst werd tijdens het zwangerschapsverlof, tot op het ogenblik dat zij zich weer aanbodt, namelijk op 10 maart 1986; dat in hoger beroep eiseres opnieuw toepassing van de C.A.O. nr. 32bis betwist; dat deze betwisting niet ter zake is aangezien de eerste rechter reeds besloot tot de niet-toepasselijkheid van de C.A.O. nr. 32bis, daar er geen eigendomsoverdracht van onderneming gebeurde tussen de V.Z.W. M. en eiseres, welke beslissing het arbeidshof bevestigt; dat eiseres uit haar stelling van de niet-toepassing van de C.A.O. nr. 32bis meent te kunnen afleiden dat het proefbeding van 1 juli 1985 geldig is; dat de eerste rechter terecht steunde op de overweging dat, indien de C.A.O. nr. 32bis in casu niet toepasselijk was, er evenwel een probleem van arbeidsrechtelijke orde bestond; dat namelijk het begrip van dezelfde werkgever (als bedoeld in artikel 82, § 2, van de C.A.O.) de economische eenheid van de uitbating beoogt, die de onderneming uitmaakt zonder rekening te houden met de eventuele wijziging van haar juridische aard (cf. Cass., 28 maart 1958, *Pas.*, 1958, I, 841); dat de twee vennootschappen 'dezelfde werkgever' zijn wanneer hun sociaal doel van gelijke aard is en hun economische activiteiten op elkaar afgestemd zijn; dat uit de boven aangehaalde feitelijke omstandigheden, meer speciaal het contract van samenwerking van 23 mei 1985 (i.e. 17 juni 1985) duidelijk blijkt dat er tussen (eiseres) en de V.Z.W. M. een economische eenheid werd vooropgesteld en dat (verweerster) zorgde voor de verwezenlijking ervan zowel in dienst van de V.Z.W. M. als in dienst van (eiseres), wat voor haar de voortzetting van hetzelfde werk betekende zonder arbeidsrechtelijke overgang met ontslag; dat uit het voorgaande blijkt dat de functie van (verweerster) in dienst van (eiseres) identiek was met de functie uitgeoefend bij de vorige werkgever; dat dit inhoudt dat het proefbeding nietig is en dat er aan de arbeidsrelatie tussen (eiseres) en (verweerster) alleen een einde kan worden gemaakt volgens de normale ontslagregeling (cf. Arbh. Brussel, 3 februari 1987, *S.R.K.*, 1988, 43-45); dat (verweerster) derhalve recht heeft op de normale verbrekingsvergoeding, toegekend door de eerste rechter en door het arbeidshof bevestigd».

*terwijl, eerste onderdeel,* het begrip «dezelfde werkgever» in de zin van artikel 82, § 2, tweede lid, Arbeidsovereenkomstenwet betrekking heeft op de economische bedrijfseenheid, die de onderneming vormt, zonder met de wijziging van het rechtskarakter van de onderneming rekening te houden; het begrip «economische bedrijfseenheid» vereist dat gelijktijdig drie voorwaarden zijn vervuld, nl. dat 1) beide ondernemingen hetzelfde, gelijksoortig of aanvullend economisch doel hebben; 2) een juridische band tussen beide ondernemingen bestaat en 3) de dienstbetrekking van de werknemer niet onderbroken is; de feitenrechter aan wie, zoals in casu, een geschil wordt voorgelegd m.b.t. de voorwaarde van dienst bij «dezelfde werkgever» dient te onderzoeken en vast te stellen dat de bestaansvoorwaarden van dit wettelijk begrip zijn vervuld; het juridisch statuut van de

opeenvolgende werkgevers geen belang heeft, doch een juridische band tussen beiden dient te bestaan, die een overgang van rechten en plichten meer in het bijzonder op het vlak van de sociaal-economische bedrijfseenheid en tewerkstelling tot gevolg heeft, door een samensmelting van de ondernemingen, een overname of afstand ten voordele van een andere eigenaar-ondernemer; het arbeidshof bijgevolg, na te hebben vastgesteld dat er in casu geen eigendomsoverdracht van onderneming tussen beide opeenvolgende werkgevers was geschied, op grond van de enkele vaststelling dat uit een «samenwerkingsovereenkomst» een eenheid bleek en dat de werkneemster hetzelfde werk diende te verrichten, niet wettig tot het vervullen van die voorwaarden en het bestaan van «dezelfde werkgever» in de zin van artikel 82, § 2, tweede lid, Arbeidsovereenkomstenwet kon besluiten; (...)

Overwegende dat, voor de toepassing van artikel 82, § 2, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet, de bediende ook wordt geacht in dienst van dezelfde werkgever te zijn geweest, wanneer hij zonder onderbreking dezelfde arbeid achtereenvolgens heeft verricht in dienst van twee werkgevers die overeengekomen zijn dat de ene een bepaalde bedrijvigheid van de andere overneemt;

Overwegende dat het arbeidshof vaststelt dat verweerster «bij arbeidsovereenkomst van 17 september 1984 in dienst was van de V.Z.W. M., als journaliste met als hoofdplicht de redactie en de opmaak van de tijdschriften Meubel-Echo – Echo du Meuble», dat op 17 juni 1985 een overeenkomst werd gesloten waarbij eiseres werd belast met de exploitatie van die tijdschriften en dat verweerster op 1 juli 1985 in dienst van eiseres trad, wat voor haar de voortzetting van hetzelfde werk betekende zonder arbeidsrechtelijke overgang met ontslag»;

Overwegende dat de appelrechters op grond van die vaststellingen hun beslissing dat verweerster in dienst van dezelfde werkgever is geweest, naar recht verantwoorden;

...

NOOT – Zie in dit nummer ook Cass., 9 maart 1992, vermeld in voetnoot 1 in de conclusie van het O.M.

## HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 19 JUNI 1992

Voorzitter: de h. Soetaert, eerste voorzitter

Rapporteur: de h. Rauws

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaten: mrs. Bützler, Claeys Bouuaert en Houtekier

**1. Gemeenschap en gewest – Rechtsopvolging van de Staat – a) Overgedragen rechten en verplichtingen – Onderwijs – b) Thesaurie – 2. Algemene rechtsbeginselen – Recht van verdediging – 3. Rekenhof – Veroordeling van een rekenplichtige – Recht van verdediging**

1.a) *Vanaf 1 januari 1989 hebben de Gemeenschappen de rechten en verplichtingen van de staat overgenomen welke betrekking hebben op de bevoegdheden die hun inzake onderwijs door de Grondwet zijn toegekend, met inbegrip van de rechten*

*en verplichtingen die voortkomen uit de op die datum nog hangende geschillen.*

b) *Vanaf 1 januari 1991 organiseren de Gemeenschappen en Gewesten hun eigen thesaurie. De bevoegdheid die inzake rijkscomptabiliteit toekwam aan de minister van Financiën, is overgegaan op het lid van de executieve van de Gemeenschappen en Gewesten dat bevoegd is voor de financiën, in zoverre die financiën betrekking hebben op de aan de Gemeenschappen en Gewesten toegekende bevoegdheden.*

2. *Het recht van verdediging is een algemeen rechtsbeginsel dat voor alle gerechten geldt, ook als de wetgever de uitoefening ervan niet of slechts ten dele heeft geregeld.*

3. *Met miskennis van het recht van verdediging is gewezen het arrest van het Rekenhof dat een rekenplichtige tot betaling van een tekort veroordeelt, wanneer niet blijkt dat hij ervan in kennis werd gesteld dat tegen hem een geding werd gevoerd, en ook niet blijkt dat hij ten processe verweer heeft kunnen voeren.*

F. t/ Vlaamse Gemeenschap e.a.

## Conclusie van de advocaat-generaal M. De Swaef

1. Volgens de gegevens van deze zaak was eiseres in cassatie rekenplichtige van Staatsdienst met afzonderlijk be heer in de Rijksbasisschool te G.

In de intendancegeldten aldaar werd voor de periode van 1 januari 1985 tot 31 mei 1987 een kastekort vastgesteld. Tijdens controles ter plaatse zou gebleken zijn dat bepaalde sommen niet in ontvangst werden geboekt, met name ontvangsten bedragen inzake intendancetickets en leerlingenvervoer.

2. In het bestreden arrest van 30 mei 1990 stelt het Rekenhof de wederzijdse rechten en verplichtingen van de Staat en de rekenplichtige vast en verhoogt aldus in de eindrekening van eiseres de ontvangsten met 878.859 fr. Laatstgenoemde wordt veroordeeld tot het betalen van dit bedrag aan de Schatkist, vermeerderd met de wettelijke interesten. Deze beslissing wordt door eiseres voor uw Hof bestreden, overeenkomstig art. 13, wet 29 oktober 1846 op de inrichting van het Rekenhof. Het beroep in cassatie werd door eiseres, overeenkomstig art. 1079 Ger.W., betekend aan:

1. de Vlaamse Gemeenschap (gemeenschapsminister van Onderwijs), verweerster in cassatie, voor zover nodig opgeroepen tot hervatting van het geding;

2. de Belgische Staat (de vice-eerste minister en minister van Economische Zaken en het Plan, tevens belast met de Herstructurering van het Ministerie van Onderwijs);

3. de Belgische Staat (minister van Financiën);

4. de Belgische Staat (staatssecretaris voor Financiën);

5. de Belgische Staat (Administratie B.T.W., registratie en domeinen),

verweerders in cassatie voor zover nodig.

3. Bij dagvaarding van 10 januari 1992 vraagt de Belgische Staat (vertegenwoordigd door de vice-eerste minister en minister van Economische Zaken en het Plan, tevens belast met de Herstructurering van het Ministerie van Onderwijs) aan het Hof de Vlaamse Gemeenschap (de gemeenschapsminister van Onderwijs) te zijnen opzichte als rechtsopvolger te veroordelen en zijn arrest bindend en tegenwerpbaar te verklaren ten aanzien van de Vlaamse Gemeenschap.

4. Het Hof zal dan ook preliminair moeten onderzoeken welke partijen in het onderhavige geding daadwerkelijk be-

trokken zijn en t.o.v. welke verweerders de voorziening derhalve ontvankelijk is (zie Cass., 10 januari 1946, *Pas.*, 1946, I, 10, met conclusie van procureur-generaal, toen eerste advocaat-generaal Hayoit de Termicourt). Luidens art. 10 Rekenhofwet wordt, bij veroordeling van een rekenplichtige om het verschuldigde bedrag binnen een vastgestelde termijn aan de Staatskas te betalen, in alle gevallen een expeditie van de arresten van dat Hof voor tenuitvoerlegging toegezonden aan de minister van Financiën, wanneer het een rekening van de Staat betreft. Te dezen werd aldus een uitgifte van het arrest overgezonden aan de minister van Financiën ter uitvoering enerzijds en tevens aan de gemeenschapsminister van Onderwijs tot zijn onderrichting en bericht anderzijds, gezien de betrokken rekenplichtige in het onderwijs was tewerkgesteld (zie *Les Nouvelles*, Lois politiques, v° Droit budgétaire, nr. 2799).

5. In zoverre de voorziening gericht is tegen de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de vice-eerste minister en minister van Economische Zaken en het Plan, tevens belast met de Herstructurering van het Ministerie van Onderwijs, wordt door deze partij als middel van niet-ontvankelijkheid van de voorziening opgeworpen dat de Gemeenschappen vanaf 1 januari 1989 de rechten en verplichtingen van de Staat inzake onderwijsaangelegenheden, met inbegrip van de rechten en verplichtingen die voortkomen uit de op die datum nog hangende gerechtelijke procedures, hebben overgenomen.

In haar verweer op de dagvaarding van 10 januari 1992 door de Belgische Staat (de vice-eerste minister en minister van Economische Zaken en het Plan, tevens belast met de Herstructurering van het Ministerie van Onderwijs) betwist en weerlegt de Vlaamse Gemeenschap (gemeenschapsminister van Onderwijs) ten gronde de aangevoerde rechtsopvolging blijkbaar niet. De huidige bevoegdheid van de Raad en de Executieve van de Vlaamse Gemeenschap ter zake van onderwijs steunt op het bepaalde in de artt. 59bis, § 2, 2°, Grondwet, 1, § 1, Bijzondere Wet 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen en 61, § 1, en 82, Bijzondere Wet 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten. Ik verwijs dienaangaande naar de rechtspraak van uw Hof (Cass., 14 juni 1991, *A.C.*, 1990-91, nrs. 529 en 530).

Het middel van niet-ontvankelijkheid, opgeworpen door verweerster sub 2, lijkt aldus gegrond.

6. Waar de voorziening in cassatie ook gericht is tegen de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de staatssecretaris van Financiën en tegen de Administratie der B.T.W., registratie en domeinen, vertegenwoordigd door de ontvanger der domeinen en penale boeten te O., blijkt niet uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan dat deze verweerders als betrokken tegenpartijen ingevolge het thans bestreden arrest van het Rekenhof dienen te worden aangemerkt.

Ik meen dan ook ambtshalve, overeenkomstig art. 1097 Ger.W., de niet-ontvankelijkheid van de voorziening t.o.v. de verweerders sub 4 en 5 te moeten opwerpen.

7. Wat ten slotte de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van Financiën betreft, moet worden onderzocht of tegen deze, ingevolge de wetten op de staatshervorming, ter zake nog cassatievoorziening kan worden gericht.

Algemeen bevestigen de wetten tot hervorming van de instellingen de autonomie van Gemeenschappen en Gewesten

op het financiële vlak. Luidens art. 13, § 4, van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen van 8 augustus 1980 werd de bevoegdheid van het Rekenhof t.a.v. de Gemeenschappen en de Gewesten vastgelegd, in die zin dat de wet op het Rekenhof van overeenkomstige toepassing is op deze nieuwe instellingen. Dit betekent dat het Rekenhof, in opdracht en ten behoeve van de Gemeenschappen- en Gewestraden, een controle op de financiën uitoefent op dezelfde wijze als zulks voor de nationale instellingen gebeurt (140e Boek van het Rekenhof, deel I, zittijd 1983-84, 20 e.v.).

Door art. 69, § 1, 2°, van de bijzondere financieringswet van 16 januari 1989 werd voornoemde bepaling van de wet van 8 augustus 1980 opgeheven. De artt. 50 en 71, § 1, Bijzondere Financieringswet 1989 vormen sindsdien de nieuwe grondslag voor de bevoegdheid van het Rekenhof t.o.v. Gemeenschappen en Gewesten.

Deze laatste hebben voorts sedert 1 januari 1989 de rechten en verplichtingen overgenomen van de Staat m.b.t. de hangende procedures inzake onderwijs.

Luidens art. 52 Bijzondere Financieringswet 1989 organiseren de Gemeenschappen en de Gewesten hun eigen thesaurie vanaf 1 januari 1991 (zie K.B. 6 augustus 1990). Hieruit volgt dat de taken die inzake rijkscomptabiliteit tot de (nationale) minister van Financiën behoorden, thans blijken te zijn overgegaan op het bevoegde lid van de Executieve van de Gemeenschappen en de Gewesten wat de aan deze instellingen toegekende materies, zoals onderwijs, betreft. De betekening door eiseres van haar voorziening aan de (nationale) minister van Financiën lijkt derhalve niet meer relevant, zodat haar voorziening in zoverre ze deze partij (derde verweerder) betreft, niet ontvankelijk zal moeten worden verklaard. Wat blijft er dan nog over?

8. Art. 82 van de bijzondere wet 1980 tot hervorming der instellingen bepaalt m.b.t. de Executieve dat deze Gemeenschap of Gewest in en buiten rechte vertegenwoordigt. Zij wordt gedagvaard aan het kabinet van de voorzitter van de Executieve en de rechtsgedingen van Gemeenschap of Gewest, als eiser of als verweerder, worden gevoerd namens de Executieve, ten verzoeken van het door deze aangewezen lid (vgl. B.VI.Ex., 11 december 1985). Nu eiseres haar voorziening in cassatie ook blijkt te hebben betekend aan de Vlaamse Gemeenschap, overeenkomstig art. 82 Bijzondere Wet 1980 tot hervorming der instellingen, vertegenwoordigd door de Vlaamse Executieve, blijft haar rechtsovergang bijgevolg ontvankelijk en zal het Hof ten gronde uitspraak moeten doen (Cass., 8 juni 1984, *A.C.*, 1983-84, nr. 579). Aangezien de Vlaamse Gemeenschap door eiseres reeds in het cassatiegeding werd betrokken, komt de dagvaarding van deze Gemeenschap in rechtsopvolging, bindend- en tegenwerpbaarverklaring door de Belgische Staat (vertegenwoordigd door de vice-eerste minister en minister van Economische Zaken en het Plan, tevens belast met de Herstructurering van het Ministerie van Onderwijs, een partij waartegen de voorziening in cassatie zoals hoger uiteengezet, niet ontvankelijk blijkt te zijn), als niet meer dienend voor. Trouwens, luidens art. 61, § 1, achtste lid, van de financieringswet van 16 januari 1989 kan de Staat steeds tussenkomen in geval van geschil.

9. Ten gronde legt eiseres aan het Hof één middel tot cassatie, opgesplitst in twee onderdelen, voor. Ze voert de schending aan van de artt. 96 en 97 Gw., 6, lid 1, E.V.R.M.

en 14, lid 1, I.V.B.P.R. en van het algemene rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging.

Ze meent voor het Rekenhof aanspraak te mogen maken op een openbare behandeling van haar zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke instantie en met de mogelijkheid tegenspraak te voeren. Haar veroordeling door het Rekenhof zou aan deze voorwaarden niet hebben voldaan.

10. De wet op de inrichting van het Rekenhof is van 29 oktober 1846. Het is echter art. 116 Gw. dat reeds een vrij uitvoerige beschrijving geeft van de opdrachten van dit Hof, waardoor de bevoegdheden grondwettelijk zijn gelegitimeerd onder titel IV, de Financiën, en dus onderscheiden zijn van die van de Rechterlijke Macht, vervat in hoofdstuk III, titel III van de Grondwet (zie Ph. Quertainmont, *La Cour des comptes et sa mission juridictionnelle*).

Het Rekenhof is, samengevat, o.m. belast met het onderzoek en de vereffening der rekeningen van de besturen en van de rekenplichtigen tegenover de thesaurie (art. 5). Het Hof heeft het recht de overlegging te vorderen van alle staten, inlichtingen en ophelderingen betreffende de ontvangsten en de uitgaven en het kan een controle ter plaatse organiseren. Het kan zich o.m. rechtstreeks in verbinding stellen met de rekenplichtigen betreffende het doen van rekening en verantwoording (art. 6). Bij eindarrest stelt het vast of de rekeningen van de rekenplichtigen effen zijn, een te goed vertonen of met een tekort sluiten. In dit laatste geval veroordeelt het de rekenplichtige om het verschuldigde bedrag aan de Staatskas te betalen (art. 10). De arresten door het Rekenhof uitgesproken tegen rekenplichtigen, zijn uitvoerbaar; zij kunnen voor het Hof van Cassatie worden gebracht wegens vormverzuim of schending van de wet (art. 13).

Bondigheid, kernachtigheid en doeltreffendheid (t.o.v. de Staatskas) zijn zekere eigenschappen van de wetgeving op het Rekenhof.

11. Uit de termen van de organieke wet van 1846 blijkt zonder twijfel, en dat wordt ook algemeen aanvaard, dat het Rekenhof tegenover de rekenplichtigen als een werkelijk, zij het bijzonder rechtscollege optreedt. Wanneer vaststaat dat een ambtenaar de hoedanigheid van rekenplichtige heeft, volgt daaruit dat hij dus rekening en verantwoording aan het Rekenhof verschuldigd is. Dit college vervult alsdan zijn grondwettelijke taak, met name het nazien, de vereffening en de afsluiting der voorgelegde rekeningen, waarbij tevens uitspraak wordt gedaan over de aansprakelijkheid van de rekenplichtige (zie A. Vaernewijck, «Het Rekenhof», *Adm. Lexicon*, nrs. 34 e.v.).

Het Rekenhof is weliswaar geen administratieve overheid, maar een emanatie van de Kamer van Volksvertegenwoordigers, met exclusieve bevoegdheden (Cass., 2 december 1943, *Pas.*, 1944, I, 90).

Dienaangaande kan in het bijzonder verwezen worden naar de uitvoerige conclusie van procureur-generaal M. Lelercq voor het arrest van uw Hof van 1852 (Cass., 2 januari 1852, *Pas.*, 1852, I, 265).

Deze gegevens vormen het draagvlak en bepalen meteen de kruitlijnen van de verdere uiteenzetting.

12. Het Rekenhof treedt, zoals gezegd, als college in zaken van rekenplichtigheid op tussen de ambtenaren en de overheid: voor het vervullen van deze opdracht heeft het van de wet een bijzondere rechtsbevoegdheid ontvangen

(zie F. Erauw, «Het Belgische Rekenhof», *T.B.P.*, 1981, 195).

Die specificiteit werd reeds in 1880 door procureur-generaal, toen eerste advocaat-generaal, Mesdach de ter Kiele benadrukt en nauwkeurig ontleed (conclusie voor Cass., 2 jan. 1880, *Pas.*, 1880, I, 45).

Ik veroorloof mij ernaar te verwijzen. De hamvraag te dezen luidt nu of en in welke mate het bijzonder stelsel van rechtspraak van het Rekenhof, dat afwijkt van het gemene recht, zich verhoudt tot het algemene recht van verdediging van de rekenplichtige en of beide met elkaar kunnen worden verzoend.

De formulering van het probleem mag niet verward worden met de oplossing ervan. Het recht van verdediging is geen begrip dat losstaande moet worden benaderd. Het dient te worden getoetst, enerzijds aan het hele systeem waarin het wordt ingepast, anderzijds aan de concrete situatie van de justitiabele die er zich op kan beroepen.

13. Door eiseres wordt aangevoerd dat het arrest van 30 mei 1990 van het Rekenhof in besloten vergadering gewezen werd, zonder dat ze ervan op de hoogte was gebracht dat de zaak bij het Rekenhof aanhangig was en mogelijk aanleiding kon geven tot een arrest te haren opzichte. Zij werd derhalve veroordeeld, meent ze, zonder dat zij zich op enigerlei wijze kon verdedigen en zonder dat enig contradictoir debat werd gehouden.

Deze grieven zijn grotendeels niet origineel, in de betekenis van niet eerder bedacht en daardoor verrassend. Bij herhaling werd de werkwijze van dat Rekenhof aan uw oordeel onderworpen, maar uw rechtspraak vertoont door de jaren heen een vermeldenswaardige standvastigheid op dat punt.

14. Reeds bij arrest van 2 januari 1852 (*Pas.*, 1852, I, 265) werd geoordeeld dat de bepalingen van de burgerlijke rechtspleging niet toepasselijk waren op het Rekenhof. De mogelijkheid tot raadpleging der stukken van het onderzoek door de rekenplichtige werd behandeld in uw arrest van 2 mei 1856 (*Pas.*, 1856, I, 361). De uitsluiting van de toepassing van art. 97 Gw. m.b.t. de uitspraak in openbare terechtzitting van de arresten van het Rekenhof werd vastgesteld bij arrest van 2 januari 1880 (*Pas.*, 1880, I, 45).

Het arrest van 19 mei 1882 besliste dat de bijzondere regels die het Rekenhof beheersen de gemeenrechtelijke, openbare en contradictoire behandeling der zaken niet voorschrijven (*Pas.*, 1882, I, 136).

15. Een eeuw later werden deze beginselen nog steeds bevestigd, geactualiseerd en verder uitgewerkt. Op conclusie van procureur-generaal Dumon oordeelde uw Hof dat de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de verschijning van partijen, de schriftelijke behandeling, de terechtzitting en de openbaarheid van de uitspraak van het vonnis niet toepasselijk zijn op de procedures bij het Rekenhof, omdat deze worden geregeld door andere, niet uitdrukkelijk opgeheven wetsbepalingen en door rechtsbeginselen waarvan de toepassing niet verenigbaar is met die bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek. Tevens werd aanvaard dat de wetgever bevoegd is om het recht van verdediging op een bijzondere wijze te regelen in een welbepaalde materie, zoals het nazien en verevenen van de rekeningen van de rekenplichtigen. Hoewel de procedure voor het Rekenhof geen mondelinge en openbare behandeling op tegenspraak met pleidooien voorschrijft, kunnen de rekenplichtigen zich

wegens die uitsluitingen niet beroepen op miskenning van het algemene rechtsbeginsel van het recht van verdediging. De regels inzake de openbaarheid van de terechtzittingen en de uitspraak van de vonnissen op openbare terechtzitting, voorgeschreven bij de artt. 96 en 97 Gw., zijn slechts toepasselijk op de hoven en rechtbanken van de Rechterlijke Macht en het Rekenhof behoort niet tot die macht (zie in dat verband J. Velu, «L'arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 1959 et le problème de l'application aux juridictions administratives des règles constitutionnelles sur la publicité des audiences et des jugements», *J.T.*, 1960, 441 en 460 en inzonderheid nrs. 5 e.v.). Verder werd nog steeds in hetzelfde arrest betoogd dat art. 6, lid 1, E.V.R.M. betreffende de openbaarheid van behandeling en van de uitspraak van het vonnis evenmin van toepassing zijn op de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit publiekrechtelijke rechtsverhoudingen, waarbij wordt aangeduid dat, hoewel het Rekenhof, wanneer het ingevolge art. 5, wet 29 oktober 1846, de rekeningen van een rekenplichtige naziet en verevent, zekere regels uit de algemene beginselen van het Burgerlijk Wetboek dient toe te passen, het niettemin hoofdzakelijk op grond van publiekrechtelijke regels de rechten en verplichtingen bepaalt van de rekenplichtige zoals zij voortvloeien uit het feit dat hij een openbaar ambt uitoefent en uit zijn publiekrechtelijk statuut (Cass., 2 oktober 1980, *Pas.*, 1981, I, 116, en *A.C.*, 1980-81, nr. 78).

16. Die regels werden daarop nogmaals in grote lijnen bevestigd door uw arresten van 30 juni 1983, telkens op conclusie van procureur-generaal Krings (*Pas.*, 1983, I, nrs. 606 en 607 en *A.C.*, 1982-83), en van 1 december 1983 (*A.C.*, 1983-84, nr. 185).

17. Staan we nu echter voor een tweesprong en moeten we de tot op heden gevolgde weg zoals die tot uitdrukking komt in de constante rechtspraak van uw Hof, verlaten? Daarover gaat het vandaag en mijn antwoord hierop luidt genuanceerd bevestigend om de volgende redenen.

18. Weliswaar dient te worden vastgesteld dat de wetgeving ter zake tot op heden niet formeel is veranderd, en dat het gehanteerde begrippenkader inhoudelijk geen uiterlijke wijzigingen heeft ondergaan, zodat, op het eerste gezicht althans, een met die precedenten afwijkende lezing van de alhier behandelde problematiek onvoldoende juridische grondslag schijnt te vinden. Het ligt dan ook geenszins in de bedoeling uw Hof te verleiden om over te gaan tot enig ondoordacht institutioneel slopingswerk. Maar het staat toch buiten kijf dat de regels die de behandeling der zaken voor het Rekenhof beheersen, op fundamentele punten niet overeenstemmen met de rechtsplegingen in het gemene recht. Deze vaststelling hoeft weliswaar niet te impliceren dat essentiële beginselen zoals door eiseres in haar voorziening zijn ingeroepen, hierdoor meteen en als het ware automatisch zouden worden geschonden. Een van het normale afwijkende regeling is nog geen synoniem van rechtsonzekerheid, nu zulks, meer bepaald wat het Rekenhof betreft, voortvloeit uit de specifieke taak en opdracht van deze instelling.

19. Hoe doet zich immers in concreto de toestand voor wat de oneigenlijke rechtsmacht inzake tekorten betreft?

Het Rekenhof controleert en vereffent de rekeningen van de rekenplichtigen door onderzoek van stukken, aan het Hof voorgelegd o.a. door de rekenplichtige zelf. Door die wet-

telijk verplichte neerlegging der rekeningen is het Hof trouwens automatisch en van rechtswege gehouden tot nazien, afsluiting en vereffening ervan (zie «La Cour des comptes», *R.P.D.B.*, Compl. V, nrs. 86 e.v.). Legt de rekenplichtige daarentegen de beheersrekeningen niet over aan het Rekenhof binnen de vastgestelde termijn, dan zal een bijzondere in de wet uitgestippelde procedure worden gevolgd. Alsdan spreekt het Hof immers, na de in gebreke gebleven rekenplichtige te hebben gehoord of althans behoorlijk opgeroepen te hebben, een boete uit, op vordering van de jongste raadsheer, optredend als openbaar ministerie (art. 9, wet 29 oktober 1846); het kan ook zijn afzetting of schorsing uitlokken, wanneer daartoe aanleiding bestaat (art. 8, wet 29 oktober 1846). M.a.w., de wet van 1846 maakt een duidelijk onderscheid tussen de rekenplichtige die tijdig verantwoording aflegt en diegene die nalaat zulks te doen. In het eerste geval zal enkel worden geoordeeld op (de door de rekenplichtige gekende) stukken; in het andere geval zal op tegenspraak aan de nalatige rekenplichtige een tuchtstraf worden opgelegd: het gaat hier dan om een eigenlijke rechtsmacht tot het afleggen van de rekening (zie J. Beckers, *Overzicht van het begrotingsrecht in België*, 367).

20. De rekenplichtige die zijn rekeningen overlegt, zal deze bovendien zo nodig doen vergezellen van de bijbehorende bewijs- en stavingsstukken (zie *Les Nouvelles*, *Lois politiques*, *Droit budgétaire*, nr. 2765).

21. De wetgever heeft aansluitend nog een uitzonderlijk beschermingsmechanisme voor de rekenplichtige ingebouwd. Luidens art. 11 van de wet op het Rekenhof kan dit, niettegenstaande een eindarrest over een rekening is uitgesproken, binnen een termijn van drie jaar, te rekenen van de dagtekening van het arrest, tot herziening overgaan, hetzij op aanvraag van de rekenplichtige zelf, gestaafd door bewijsstukken die sinds het arrest in zijn bezit zijn gekomen, hetzij ambtshalve wegens vergissing, verzuim of dubbele boeking, vastgesteld bij het nazien van andere rekeningen.

Door die complementaire mogelijkheden tot herziening enerzijds en voorziening in cassatie anderzijds, is de veroordeling van een rekenplichtige zowel in feite als in rechte onder de huidige wetgeving niet onomkeerbaar.

22. Er is verder ook steeds aangenomen dat het Rekenhof gehouden is zijn beslissingen te motiveren.

Te dezen werd meer bepaald geoordeeld dat de tijdens het door het Hoog Comité van Toezicht gevoerde onderzoek afgelegde verklaringen van eiseres «blijkens de brief van haar advocaat van 4 april 1990, dienen te worden beschouwd als haar volledige verantwoording met betrekking tot de ten laste gelegde tekorten; dat het rapport stelt dat uit die verklaringen blijkt dat (eiseres) akkoord gaat met de (...) vastgestelde tekorten en met de wijze waarop deze werden berekend, doch dat ze niet kan verklaren waarom het effectief ontvangen bedrag (...) niet werd geboekt».

23. Uit de termen van de bestreden beslissing zelf blijkt eiseres aldus ongetwijfeld met kennis van zaken tijdens de onderzoeksfase haar verweer op afdoende wijze te hebben kunnen voeren. Het Rekenhof heeft echter uit de overgelegde stukken ook afgeleid dat «de rekenplichtige het bewijs niet heeft geleverd dat de tekorten het gevolg zijn van overmacht, noch dat de door de verordeningen opgelegde voorzorgen werden genomen».

Deze laatste overwegingen sluiten woordelijk aan bij het bepaalde in de wetgeving op de Rijkscomptabiliteit (artt. 10

en 11, wet 15 mei 1846 op de Rijkscomptabiliteit, thans : artt. 66 en 67, K.B. 17 juli 1991 houdende coördinatie van de wetten op de Rijkscomptabiliteit).

Dit is nochtans geen onbelangrijke factor, nu het Rekenhof hierbij m.i. verder gaat dan het zuiver formeel nazien, afsluiten en vereffenen van de rekening van de rekenplichtige. Er wordt immers geoordeeld over het al dan niet aanwezig zijn van een schuldontheftingsgrond in de persoon van de rekenplichtige, wat voor deze vanzelfsprekend van doorslaggevend belang zal zijn m.b.t. de uiteindelijk te geven beslissing, die de gevolgtrekking zal uitmaken van het oordeel over de rechtmatigheid van zijn concrete gedraging of toestand.

Het Rekenhof betreft m.a.w. de persoonlijke handelingen van de rekenplichtige in verhouding tot zijn wettelijke aansprakelijkheid in het debat, maar het probleem is nu juist dat er van een eigenlijk debat voor het Rekenhof geen sprake is.

24. In welke mate en op welke adequate wijze kan de rekenplichtige dan wel in de mogelijkheid worden gesteld rechtens te bewijzen dat de vastgestelde tekorten het gevolg zijn van overmacht of dat hij de door de verordeningen opgelegde voorzorgen heeft genomen ? Men kan stellen dat hij zulks schriftelijk kan aanvoeren bij het neerleggen van zijn rekeningen, maar die bij uitstek sterk geïndividualiseerde en feitelijke gegevens vereisen m.i. meer, nl. de vrije toegang tot een contradictoir debat, opdat de rekenplichtige ten volle zijn verweer op het juiste tijdstip kan voordragen.

25. Uw Hof zal daarenboven meer fundamenteel ook de recente evolutie die de onderhavige problematiek heeft ondergaan naar aanleiding van soortgelijke gedingen onderzoeken en bij zijn besluitvorming kunnen betrekken. Hierbij dient in de eerste plaats verwezen te worden naar beslissingen van de Commissie ad hoc van de Kamer van Volksvertegenwoordigers die, overeenkomstig art. 13 van de wet op het Rekenhof, op verwijzing uitspraak doet in laatste instantie met inachtneming van de vormen bepaald voor het Rekenhof, wanneer een arrest door het Hof van Cassatie is vernietigd (zie H. Marck, «De Kamer van Volksvertegenwoordigers als rechtsmacht», *R.W.*, 1947, 177 ; Commissie ad hoc van de Kamer van Volksvertegenwoordigers, 3 maart 1948, *R.J.D.A.*, 1948-49, 77, met noot A. Parisis).

Op 29 mei 1986 plaatste zulk een Commissie meer dan ernstige vraagtekens omtrent het vereiste van een billijke procesvoering bij de bestaande rechtspleging voor het Rekenhof (Commissie ad hoc van de Kamer van Volksvertegenwoordigers, 29 mei 1986, *J.T.*, 1987, 28). Uit de termen van haar beslissing blijkt daarenboven dat ze, over de bepalingen van de wet van 29 oktober 1946 heen, en alvorens te statueren, een contradictoir debat tussen partijen mogelijk heeft gemaakt en uitspraak heeft gedaan in openbare terechtzitting.

26. Ook bepaalde rechtsleer bepleit de stelling dat de procedure voor het Rekenhof zou moeten worden afgestemd op die toegepast bij gemeenrechtelijke betwistingen. Dit zou dan o.m. inhouden dat de rekenplichtigen zouden worden opgeroepen, in persoon zouden kunnen verschijnen, waarop een contradictoir debat met conclusies, pleidooien en uitspraak in openbare terechtzitting zouden volgen (zie o.a. F. Delpérée, noot onder Commissie ad hoc van de Kamer van Volksvertegenwoordigers, 29 mei 1986, *J.T.*, 1987, 28 ; D. Deom, noot onder Luik, 10 oktober 1989, *J.T.*, 1991,

67 ; in Frankrijk : N. Baverez, «La Cour des comptes : juridiction introuvable ?», *D.S.*, 1992, 173).

27. Niet in het minst dient verder de bijzondere aandacht gevestigd te worden op de volgende ontwikkeling.

Een veroordeelde rekenplichtige, waarvan de voorziening door uw Hof was verworpen (Cass., 30 juni 1983, *A.C.*, 1982-83, nr. 606), diende een rekwes in bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens in Straatsburg. Men beriep zich op de schending van art. 6, lid 1, van het Europees Verdrag voor de Bescherming van de Rechten van de Mens en meer bepaald op het feit dat eiseres zich niet voor het Rekenhof had kunnen verdedigen ; dat ze haar verklaringen betreffende de feiten niet had kunnen voorleggen en dat ze niet aan een contradictoir debat over haar aansprakelijkheid had kunnen deelnemen ; dat artikel 6, lid 1, van toepassing is voor het Rekenhof dat, tegenover de rekenplichtige die aan zijn rechtsmacht is onderworpen, uitspraak doet over een «zaak» en een «geschil» beslecht dat betrekking heeft op «burgerlijke rechten en verplichtingen», en uiteindelijk dat «de billijkheid een norm is, wat het mogelijk maakt precies rekening te houden met alle omstandigheden die met een zaak gepaard gaan» en «dat men hier opnieuw dient te betreuren dat het Rekenhof en het Hof van Cassatie van België enkel op grond van stukken oordelen».

28. De Belgische regering betwistte in hoofdorde aanvankelijk de toepasselijkheid van art. 6, lid 1, E.V.R.M. op de procedure die voor het Rekenhof t.a.v. de rekenplichtigen wordt gevolgd, omdat met name die bepaling slechts beschuldigingen in strafzaken en betwistingen betreffende burgerlijke rechten en verplichtingen beoogt en dit te dezen niet het geval zou zijn, aangezien de betwisting onderworpen zou zijn aan de regels van het publiek recht (cf. uw uitspraak). In bijkomende orde werd opgemerkt dat in concreto het recht van verdediging niet werd geschonden omdat eiseres een memorie van verantwoording had voorgelegd en in kennis was gesteld van het advies van haar hiërarchische meerderen, evenals van het verslag van de ambtenaar die met het onderzoek was belast ; dat ze niet aantoonde dat het Hof een stuk uit het dossier zou hebben geweerd waarvan ze had gevraagd het erin op te nemen of dat de kennisgeving van het aan het Hof voorgelegd dossier haar zou zijn geweigerd ; ten slotte dat het haar vrij stond een afschrift van het strafonderzoek in het dossier te laten opnemen.

29. Het rekwes van de rekenplichtige werd door de Commissie op 17 januari 1989 evenwel ontvankelijk verklaard en op 2 oktober 1990 werd uitspraak gedaan over de grond ervan. De Commissie heeft toen gesteld dat artikel 6, lid 1, van toepassing was, omdat het Rekenhof de aansprakelijkheid van eiseres had onderzocht, haar tekortkomingen had beoordeeld, wat de verplichting van eiseres «een gemengde aard deed aannemen, waarvan de privé-aspecten het zwaarste doorwogen». Nadat dit was aangetoond, heeft de Commissie gesteld dat een inbreuk was gepleegd op artikel 6, lid 1, omdat de procedure voor het Rekenhof niet contradictoir is (eiseres werd noch gehoord, noch opgeroepen om te verschijnen, en er werd haar niet voorgesteld bijkomende opmerkingen voor te leggen) en de debatten niet in een openbare zitting werden gehouden (men bevond zich niet, zo zegt de Commissie, in een van de gevallen waarin artikel 6, lid 1, het voor de rechtsinstantie mogelijk maakt de openbaarheid op te heffen).

30. De zaak werd daarop voorgelegd aan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, dat op 23 oktober 1991 arrest velde (59/1999/250/321). Hierbij werd akte genomen van een akkoord tussen de rekenplichtige en de Belgische regering, waarbij de door het Rekenhof uitgesproken veroordeling niet zal worden uitgevoerd en tevens tot spoedige wijziging zal worden overgegaan van de wet van 29 oktober 1846 op het Rekenhof. Het aldus door België vooropgestelde voorontwerp van wet tot hervorming van de procedure die voor het Rekenhof wordt gevolgd wanneer het zijn jurisdictionele taak uitoefent, zal die rechtspleging in overeenstemming moeten brengen met art. 6 E.V.R.M. en met de algemene beginselen die het recht van verdediging beheersen. Voor zover mij bekend nochtans is vooralsnog geen verdere uitwerking aan dit (bestaande) voorontwerp gegeven. Wel is in het wetsontwerp houdende fiscale en financiële bepalingen een artikel opgenomen waarbij het desbetreffende arrest van het Rekenhof van 5 mei 1982 niet uitvoerbaar wordt verklaard, omdat de Ministerraad in zitting van 26 april 1991 beslist heeft af te zien van de uitvoering van genoemd arrest, nu de wet van 29 oktober 1846 op de inrichting van het Rekenhof niet conform is met in het bijzonder art. 6, lid 1, E.V.R.M., betreffende de openbaarheid van de procedure (*Gedr.St., Kamer*, memorie van toelichting, B.Z., 1991-92, 8 mei 1992, 444/1-91/92, 37, art. 61).

31. Hoe dan ook liggen de krachtlijnen voor de toekomst duidelijk vast: aan een verdere procedurisering en formalisering met beklemtoning en nadere uitwerking van het recht van verdediging zal het Rekenhof wellicht niet kunnen ontsnappen. Hierbij zal inzonderheid rekening moeten worden gehouden met volgende elementen, te weten dat:

geen arrest geldig kan worden gewezen tegen een partij die niet in zake werd opgeroepen; geen stuk aan de rechter mag worden overgelegd zonder dat de partijen in de gelegenheid worden gesteld ervan kennis te nemen; de partijen het recht hebben voor de rechter alle nuttige opmerkingen te maken.

Dit veronderstelt tevens een aangepaste regeling omtrent de wijze van aanhangigmaking van de zaak, het informatie- en inzagerecht der partijen, hun mogelijkheden tot juridische bijstand, alsmede de openbaarheid der debatten, leidende tot een beslissing op tegenspraak.

32. Door de vervulling van deze algemene rechtsbeginselen ook aan te houden en te vereisen, bij de rechtspleging voor het Rekenhof, zal uw Hof in wezen slechts aansluiten bij de rechtspraak die het in de regel voor de andere gerechten ter zake huldigt (zie W.J. Ganshof van der Meersch, «Le droit de la défense, principe général du droit. Réflexions sur des arrêts récents», in *Mélanges J. Dabin*, II, 569). Daarom ook zou ik U willen voorstellen, steunende op de mogelijk wat utopische gedachte dat iedere verandering in de richting van de tijd synoniem is met vooruitgang, verbetering en kwalitatieve verrijking, het verzoekschrift van eiseres in de onderhavige zaak toch gegrond te verklaren waar de schending van het recht van verdediging wordt ingeroepen.

Deze zienswijze, die ongetwijfeld een substantiële accentverschuiving t.a.v. de specifieke vroegere rechtspraak van uw Hof betekent, maar geenszins een ontmanteling ervan inhoudt, wortelt immers in een vertrouwde voedingsbodem en sluit naar mijn gevoelen enkel nauwer aan bij de huidige denkbeelden inzake het relatieve evenwicht tussen rechten en plichten in elk procesgebeuren (vgl. F. De Baedts, «De

algemene rechtsbeginselen in het administratief recht, *T.B.P.*, 1988, 641).

33. Zodanige beslissing zal mogelijk in een eerste en, naar kan worden gehoopt, korte fase, tot enige interne en/of externe rechtsonzekerheid aanleiding kunnen geven. De wetgevende macht, waarvan het Rekenhof trouwens de emanatie is, zal echter ongetwijfeld de nodige aanpassingen aan de werkwijze van deze instelling doorvoeren en alzo de aangekondigde wederopbouw op vernieuwde grondvesten en hertekende pijlers mede verwezenlijken.

*Conclusie*: vernietiging met verwijzing.

## Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 30 mei 1990 door het Rekenhof gewezen;

I. In zoverre de voorziening gericht is tegen de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de vice-eerste minister en minister van Economische Zaken en het Plan, tevens belast met de Herstructurering van het Ministerie van Onderwijs;

*Over het door verweerder opgeworpen middel van niet-ontvankelijkheid van de voorziening*, te weten dat de Vlaamse Gemeenschap, inzake onderwijsaangelegenheden sedert 1 januari 1989 de rechtsopvolger is van de Staat;

Overwegende dat het arrest eiseres, als rekenplichtige van een staatsdienst met afzonderlijk beheer, te weten als huismeesteres van de Rijksbasisschool te G., aansprakelijk verklaart voor een kastekort inzake intendancegelden, ten belope van 878.859 fr. over de periode van 1 januari 1985 tot 31 mei 1987; dat het Rekenhof de desbetreffende rekeningen afsluit en eiseres veroordeelt tot betaling aan de Schatkist van voormelde som, vermeerderd met de wettelijke rente;

Overwegende dat uit de onderlinge samenhang van de artikelen 59bis, § 2, eerste lid, 2°, § 6, eerste lid, en § 8, tweede lid, van de Grondwet, 61, § 1, eerste lid, van de financieringswet van 16 januari 1989 en 91bis van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen volgt dat de Gemeenschappen vanaf 1 januari 1989 de rechten en verplichtingen van de Staat hebben overgenomen welke betrekking hebben op de bevoegdheden die hun inzake onderwijs door de Grondwet zijn toegekend, met inbegrip van de rechten en verplichtingen die voortkomen uit de op die datum nog hangende gerechtelijke procedures;

Overwegende dat eiseres geen redenen geeft om de verweerder onder 2 in de zaak te behouden;

Dat het middel van niet-ontvankelijkheid van de voorziening gegrond is;

II. In zoverre de voorziening gericht is tegen de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van Financiën, de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de staatssecretaris voor Financiën, en de Belgische Staat, administratie B.T.W., registratie en domeinen, vertegenwoordigd door de ontvanger der Domeinen en Penale Boeten te O.:

*Over het ambtshalve door het openbaar ministerie opgeworpen en overeenkomstig artikel 1097 van het Gerechtelijk Wetboek ter kennis van de advocaat van eiseres gebrachte middel van niet-ontvankelijkheid van de voorziening*, in zoverre zij gericht is tegen de verweerders onder 3, 4 en 5:

Overwegende dat het arrest gewezen is ten aanzien van de belangen van de Schatkist en dat een expeditie ervan voor

tenuitvoerlegging toegezonden is aan de minister van Financiën van de Staat;

Overwegende, eensdeels, dat uit het onder I overwogene blijkt dat de Gemeenschappen sedert 1 januari 1989 de rechten en verplichtingen van de Staat die voortkomen uit de hangende procedures, hebben overgenomen betreffende de bevoegdheden inzake onderwijs die hun door de Grondwet zijn toegekend; dat, anderdeels, de Gemeenschappen en de Gewesten vanaf 1 januari 1991, krachtens het bepaalde in artikel 52 van de financieringswet van 16 januari 1989, hun eigen thesaurie organiseren, zonder verdere tussenkomst van de thesaurie van de Staat, en dat uit de artikelen 50 en 71 van diezelfde wet en uit artikel 13, §§ 2 en 5, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, als gewijzigd door voornoemde financieringswet 1989, volgt dat de bevoegdheid die inzake rijkscomptabiliteit toekwam aan de minister van Financiën is overgegaan op het lid van de Executieve van de Gemeenschappen en de Gewesten dat bevoegd is voor de financiën, in zoverre die financiën betrekking hebben op de aan de Gemeenschappen en de Gewesten toegekende bevoegdheden;

Overwegende voorts dat de Vlaamse Gemeenschap, krachtens artikel 82 van de Bijzondere Wet van 8 augustus 1980, in alle zaken in rechte wordt vertegenwoordigd door de Executieve, en dat zij gedagvaard wordt aan het kabinet van de Voorzitter, wat te dezen is geschied;

Overwegende dat uit een en ander volgt dat de voorziening niet ontvankelijk is in zoverre zij gericht is tegen de verweerder onder 3;

Overwegende eiseres geen redenen geeft om de verweerders onder 4 en 5 in het cassatiegeding te betrekken;

Dat de voorziening derhalve niet ontvankelijk is in zoverre zij gericht is tegen de verweerders onder 4 en 5;

Dat het middel van niet-ontvankelijkheid van de voorziening gegrond is;

III. Wat betreft de dagvaarding door de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de vice-eerste minister en minister van Economische Zaken en het Plan, tevens belast met de Herstructurering van het Ministerie van onderwijs, gericht tegen de Vlaamse Gemeenschap:

Overwegende dat de verweerder onder 2, bij deurwaardersexploot van 10 januari 1992, de Vlaamse Gemeenschap voor het Hof heeft gedagvaard ten einde haar als gedaagde, in de hoedanigheid van rechtsoptvolger van de verweerder onder 2, te horen veroordelen, haar het te wijzen arrest gemeen te horen verklaren en haar te horen veroordelen in de kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding;

Overwegende dat artikel 61, § 1, achtste lid, van de financieringswet van 16 januari 1989 bepaalt dat de Staat steeds kan tussenkomen in een zaak waarin de Gemeenschappen of de Gewesten zijn betrokken;

Overwegende evenwel dat de Vlaamse Gemeenschap te dezen reeds partij in het cassatiegeding is ingevolge de voorziening die eiseres tegen haar heeft gericht;

Dat derhalve de dagvaarding die de verweerder onder 2 aan de verweerderster onder 1 heeft gegeven niet ontvankelijk is;

IV. In zoverre de voorziening gericht is tegen de Vlaamse Gemeenschap, vertegenwoordigd door de Executieve:

*Over het middel:* schending van de artikelen 96 en 97 der Grondwet, 6, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, onder-

tekend te Rome op 4 november 1950, goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955, 14, lid 1, van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, gesloten te New York op 19 december 1966, goedgekeurd bij wet van 15 mei 1981, en van het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging,

*doordat* het arrest van 30 mei 1990 van het Rekenhof in besloten vergadering gewezen is zonder dat eiseres ervan op de hoogte was gebracht dat de zaak bij het Rekenhof ahangig was en mogelijk aanleiding kon geven tot een arrest te haren opzichte, derhalve zonder dat zij zich op enigerlei wijze kon verdedigen, bijvoorbeeld door, na opvraging of raadpleging van de documenten of akten waarop het Rekenhof zijn onderzoek doorvoerde, een verweermemorie in te dienen, en zonder dat tot enig tegensprekelijk debat werd overgegaan of zonder dat eiseres uitgenodigd werd om haar te horen in haar verweermiddelen, en eiseres veroordeelt tot betaling aan de Schatkist van de som van 878.859 frank vermeerderd met de wettelijke interesten vanaf 1 oktober 1985, *terwijl, (...)*

*tweede onderdeel,* het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging aan een ieder het recht verleent zich bij de vaststelling van zijn rechten of verplichtingen door een rechtelijke instantie te verweren; de wetgever weliswaar bevoegd is om het recht van verdediging op een bijzondere wijze te regelen in welbepaalde materies zoals die inzake het nazien en vereffenen van de rekeningen van de rekenplichtige jegens de Staatskas, en de wetgever ter zake van de rechtspleging voor het Rekenhof klaarblijkelijk geoordeeld heeft ter vrijwaring van de rechten of prerogatieven van de openbare macht en van de rechten van de rekenplichtige, geen tegensprekelijk debat of pleidooien voor het Rekenhof te moeten instellen; de wetgever echter evenmin heeft bepaald dat de rekenplichtige wiens rekeningen door het Rekenhof worden nagezien en vereffend, hiervan in kennis moet worden gesteld met het oog op het eventueel raadplegen van de stukken of akten waarop het Rekenhof steunt, dan wel met het oog op het neerleggen van een verweermemorie; te dezen eiseres weliswaar op de hoogte was van een onderzoek der rekeningen door het Hoog Comité van Toezicht, doch geenszins ervan verwittigd werd dat het Rekenhof ter zake zou oordelen en besluiten de rekeningen te moeten afsluiten met een tekort dat ten laste van eiseres zou worden gelegd; eiseres derhalve niet de kans gekregen heeft op enigerlei wijze tegenspraak te voeren ten overstaan van het Rekenhof, dat tot de terugvordering te haren laste zou besluiten, zodat het Rekenhof niet tot terugvordering van de als tekorten vastgestelde bedragen kon besluiten ten laste van eiseres zonder miskennis van het recht van verdediging (schending van het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging)»;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat het Rekenhof, krachtens artikel 10 van de wet van 29 oktober 1846, ermee belast is de rekeningen van de Staat af te sluiten en, bij eindarresten, vast te stellen of de rekeningen van de rekenplichtigen effen zijn, een te goed vertonen of met een tekort sluiten; dat het Rekenhof in het laatste geval de betrokken rekenplichtige veroordeelt om de verschuldigde som binnen een bepaalde termijn aan de Staatskas te betalen;

Overwegende dat het Rekenhof bij de uitvoering van de hiervoren omschreven opdracht optreedt als gerecht; dat het immers niet enkel nagaat of de rekeningen effen zijn, maar uitspraak doet over de wederzijdse rechten en verplichtingen van de Staat en van de betrokken rekenplichtige, en namelijk beslist of tussen de Staat en de rekenplichtige een verhouding van schuldeiser tot schuldenaar bestaat; dat het Rekenhof, als die verhouding er is, de rekenplichtige veroordeelt tot betaling van het verschuldigde, benevens rente; dat die veroordeling gezag van gewijsde bezit en, zoals de beslissingen van de hoven en rechtbanken, met het formulier van tenuitvoerlegging wordt bekleed;

Overwegende dat het recht van verdediging een algemeen rechtsbeginsel is dat voor alle gerechten geldt, ook als de wetgever de uitoefening ervan niet of slechts ten dele heeft geregeld;

Dat het recht van verdediging onder meer inhoudt dat geen geding tegen iemand kan worden gevoerd terwijl hem daarvan geen kennis is gegeven of zonder dat hem de gelegenheid is geboden in dat geding verweer te voeren;

Overwegende dat uit het arrest, te dezen het enige processtuk, niet blijkt dat eiseres ervan in kennis is gesteld dat tegen haar een geding werd gevoerd en ook niet dat zij ten processe verweer heeft kunnen voeren;

Dat het arrest derhalve met miskenning van het recht van verdediging is gewezen;

Dat het onderdeel gegrond is;

...

NOOT – Het arrest is in voltallige zitting gewezen.

## HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 26 JUNI 1992

Voorzitter: de h. Soetaert, eerste voorzitter

Rapporteur: de h. Forrier

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore

Advocaten: mrs. Houtekier, Bützler en De Gryse

### Architect – 1. Reglement van beroepslichten van 1967 – 2. Plans – Verplichte medewerking van een architect

1. *Het op 17 maart 1967 en 16 juni 1967 door de Nationale Raad van de Orde der Architecten vastgestelde reglement van beroepslichten heeft geen verbindende kracht.*

2. *De door art. 4, eerste lid, van de wet van 20 februari 1939 opgelegde verplichting een beroep te doen op de medewerking van een architect voor het opmaken van de plans en de controle op de uitvoering van het werk staat er niet aan in de weg dat de opdrachtgever de architect slechts belast met het maken van een voorontwerp en dat de opdracht voor het uitvoeringsontwerp, de technische leiding en het toezicht hem of een andere architect worden toevertrouwd na de goedkeuring van het voorontwerp.*

M. t/ Belgische Staat en Vlaamse Gemeenschap

Gelet op het bestreden arrest, op 30 juni 1988 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

...

## II. Op de voorziening tegen de Vlaamse Gemeenschap:

...

*Over het middel, (...)*

Overwegende dat artikel 39 van de wet van 26 juni 1963 tot instelling van een Orde van Architecten bepaalt dat de Koning op verzoek van de nationale raad aan de voorschriften van de plichtenleer, ingevolge artikel 38 vastgesteld, bij een in ministerraad overgelegd besluit bindende kracht kan verlenen;

Overwegende dat het koninklijk besluit van 5 juli 1967 dat met ingang van 1 september 1967 bindende kracht verklaart te verlenen aan het op 17 maart 1967 en 16 juni 1967 door de Nationale Raad van de Orde der Architecten vastgesteld reglement van beroepslichten, vermeldt dat bedoeld besluit genomen werd «op advies van onze, op 2 juni 1967, in raad vergaderde ministers»;

Overwegende dat hieruit blijkt dat het op 17 maart 1967 en 16 juni 1967 vastgestelde reglement het voorwerp niet heeft uitgemaakt van een in ministerraad overlegd koninklijk besluit zoals artikel 39 van de wet van 26 juni 1963 vereist;

Dat bedoeld reglement derhalve geen verbindende kracht heeft en derhalve geen wet is in de zin van artikel 608 van het Gerechtelijk Wetboek, met het gevolg dat het onderdeel, voor zover het daarop steunt, niet ontvankelijk is;

Overwegende dat het arrest vaststelt: dat artikel 1, tweede en derde lid, van de architectenovereenkomst van 25 november 1980 bepaalt: «Deze opdracht omvat normaal het voorontwerp, het uitvoeringsontwerp, alsook de technische leiding van en het toezicht op de uitvoering van de werken. De ondertekening van dit contract geeft echter alleen aanleiding tot de bestelling van het voorontwerp. De architect zal voor alle andere prestaties slechts optreden nadat hij hiertoe de geschreven opdracht vanwege het opdrachtgevend bestuur ontvangen heeft»; dat artikel 6, § 3 van de architectenovereenkomst bepaalt dat, wanneer het bestuur het voorontwerp niet kan goedkeuren, het van rechtswege een einde kan maken aan het contract met de enkele verplichting het honorarium van het gepresteerde voorontwerp te betalen;

Overwegende dat de appelrechters hierop beslissen: dat uit die in hun onderling verband gelezen bedingen blijkt dat eiser slechts een definitieve opdracht kreeg voor het maken van een voorontwerp en dat de opdracht voor het uitvoeringsontwerp, de technische leiding en het toezicht hem pas zou worden toevertrouwd na goedkeuring van het voorontwerp; dat geen wetsbepaling of algemeen rechtsbeginsel partijen verbiedt een overeenkomst te sluiten waarbij uitsluitend het opstellen van het voorontwerp aan de architect wordt toevertrouwd;

Overwegende dat noch artikel 4, eerste lid, van de wet van 20 februari 1939, volgens hetwelk de staat, de provincies, de gemeenten, de openbare instellingen en de particulieren, een beroep moeten doen op de medewerking van een architect voor het opmaken van de plannen en de controle op de uitvoering der werken, waarvoor door de wetten, besluiten en reglementen een voorafgaande aanvraag om toelating tot bouwen is opgelegd, noch artikel 10, derde lid, van dezelfde wet, als gewijzigd bij artikel 1 van de wet van 4 juni 1969, dat bepaalt dat «overtreding van artikel 4, eerste lid, wordt gestraft met een geldboete van tweehonderd tot duizend

frank» verhinderen dat de opdrachtgever de architect enkel belast met het maken van een voorontwerp en dat de opdracht voor het uitvoeringsontwerp, de technische leiding en het toezicht hem of een ander architect worden toevertrouwd na de goedkeuring van het voorontwerp;

Dat het middel faalt naar recht;

...

## HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 19 APRIL 1991

Voorzitter: de h. Vandeplass

Raadsheren: de hh. Luycx en Renaers

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaten: mrs. Rotty, Ballon, Brems en De Man

### Onopzettelijke slagen en verwondingen – 1. Politiegeweld – 2. Rechtvaardigingsgronden

1. *De wettige reden die, luidens art. 257 Sw., geweld kan verantwoorden beperkt zich niet tot het enkele geval van wettige verdediging, maar omvat tevens alle door de wet of het recht erkende gronden van rechtvaardiging.*

2. *In het soms onvermijdelijke conflict tussen individuele belangen (recht op fysieke integriteit van een bepaald individu) en maatschappelijke belangen (recht op veiligheid en rust, noodzakelijkheid van gezagsuitoefening) gebiedt de rangorde der waarden dwingend de eerste ten bate van de tweede op te offeren, op voorwaarde dat daarbij steeds het opgeofferde recht tot het strikt noodzakelijk minimum wordt beperkt.*

L.C.M. e.a. t./ P.

Overwegende dat beklaagde bij dagvaarding van 5 januari 1990 werd vervolgd: «Verdacht van: te (...) op 6 mei 1988: Door gebrek aan voorzichtigheid of voorzorg, maar zonder het oogmerk om de persoon van een ander aan te randen, onopzettelijk de dood van W.A. (...), overleden te Antwerpen op 6 mei 1988, te hebben veroorzaakt»;

Overwegende dat de eerste rechter in het bestreden vonnis van oordeel was dat het feit van de telastlegging diende te worden heromschreven als volgt: opzettelijk maar zonder het oogmerk om te doden, slagen of verwondingen te hebben toegebracht aan W.A. (...) die toch de dood hebben veroorzaakt, het slachtoffer overleden zijnde te Antwerpen op 6 mei 1988»;

...

Overwegende dat de eerste rechter ten onrechte het feit van de telastlegging heeft heromschreven; dat hij bij de beoordeling van de onderhavige zaak rekening had moeten houden met artikel 257 van het Strafwetboek dat het gebruik van geweld door politieambtenaren in de uitoefening van hun repressieve functie kan rechtvaardigen, voor zover daartoe een rechtvaardigingsgrond voorhanden is;

Overwegende dat de oorspronkelijke telastlegging dan ook dient te worden gehandhaafd; dat derhalve door het arrest dat de onbevoegdheid van de eerste rechter wijzigt, het Hof de zaak aan zich dient te trekken teneinde over de zaak zelf te beslissen;

Overwegende dat beklaagde, politieagent in de gemeente S., op 6 mei 1988 opdracht kreeg om een dronken lijkende persoon, die een gevaar opleverde voor zichzelf en voor de weggebruikers, te interpellieren en eventueel op te sluiten met toepassing van artikel 1, § 2, van de besluitwet van 14 november 1939;

dat beklaagde aan de persoon in kwestie zijn identiteitskaart vroeg; dat deze hierop niet reageerde, waarop beklaagde de identiteitskaart uit zijn achterzak nam; dat W.A. vervolgens de kaart uit de handen van de beklaagde trok en trachtte te ontsnappen;

Overwegende dat het toen tussen beiden tot een schermmutseling kwam waarbij W.A. hevig weerstand bood; dat beklaagde er niettemin in slaagde W.A. aan een hand te boeien, maar deze laatste, die een zeer sterk en fors gebouwde persoon was, uiteindelijk toch de vlucht wist te nemen;

Overwegende dat beklaagde hem toen met zijn voertuig volgde en via de radio bijstand vroeg;

Overwegende dat beklaagde, toen zijn collega D. ter plaatse kwam, W.A. van achter in een nekgreep nam en hem alzo tegen de grond wierp; dat W.A. wederom hevige weerstand bood, zodat de tussenkomst van zijn collega en een niet geïdentificeerde voorbijkomende burger noodzakelijk waren om hem te boeien en met het gezicht naar de grond gekeerd te immobiliseren;

Overwegende dat beklaagde vervolgens schrijlings op de rug van W.A. ging zitten en hem met de hand tegen de geboeide armen, die in zijn nek lagen, tegen de grond drukte;

Overwegende dat W.A. in deze houding gedurende een tijdsspanne van 4 à 10 minuten werd geïmmobiliseerd tot een derde opgeroepen agent langskwam met een combi; dat de drie agenten vervolgens W.A. in dezelfde houding in de combi legden en beklaagde samen met D. hem tijdens de overbrenging naar het politiecommissariaat bleven vasthouden;

Overwegende dat bij de aankomst op het politiecommissariaat werd vastgesteld dat W.A. verstikkingsverschijnselen met hartstilstand vertoonde; dat hij korte tijd nadien in het ziekenhuis is overleden;

Overwegende dat W.A. blijkens het geneeskundig onderzoek van gerechtsdeskundige Chr. Hänsch is overleden te gevolge van een mechanische asfyxie (verstikking);

Overwegende dat bij de beoordeling van de onderhavige zaak, zoals hierboven reeds gezegd, rekening dient te worden gehouden met artikel 257 van het Strafwetboek, dat impliceert dat een politieambtenaar een wettige reden kan hebben om tot gebruik van geweld over te gaan; dat de wettige reden die, luidens artikel 257 van het Strafwetboek, geweld kan verantwoorden, zich niet beperkt tot het enkele geval van wettige verdediging, maar tevens alle door de wet of het recht erkende gronden van rechtvaardiging omvat;

Overwegende dat een realistische visie op de uitoefening van de politieke functie ertoe moet leiden te aanvaarden dat de politie, in de vervulling van haar wettelijke opdracht, soms genoodzaakt is geweld te gebruiken om de eerbied voor de wet af te dwingen en de maatschappelijke orde en veiligheid te verzekeren; dat daarbij wel dient te worden beklemtoond dat geweld steeds zonder overdrijving moet worden uitgeoefend en slechts in de mate waarin het onontbeerlijk is;

Overwegende dat dus wordt aangenomen dat, in het soms onvermijdelijke conflict tussen individuele belangen aan de ene kant (recht op fysieke integriteit van een bepaald individu) en maatschappelijke belangen aan de andere kant (recht op veiligheid en rust, noodzakelijkheid van gezagsuitoefening), de rangorde der waarden dwingend gebiedt de eerste ten bate van de tweede op te offeren, op voorwaarde dat daarbij steeds het opgeofferd recht tot het strikt noodzakelijk minimum wordt beperkt;

Overwegende dat zulks concreet betekent dat, indien bv. een verdachte slechts zou kunnen worden gevat ten koste van lichte geweld daden, deze vorm van geweldpleging toelaatbaar is, terwijl een brutale en gewelddadige overmeestering niet meer te verantwoorden zou zijn;

Overwegende dat dus niet alleen wettige verdediging, maar ook andere rechtvaardigingsgronden de wettige reden kunnen uitmaken die, krachtens artikel 257 van het Strafwetboek, het aanwenden van geweld door politieambtenaren tegen personen rechtvaardigt;

Overwegende dat het in casu door beklaagde aangewend geweld ter aanhouding van W.A. dus niet uitsluitend dient te worden onderzocht in het beperkt perspectief van wettige verdediging, maar ook van uit het breder oogpunt van de door de wet of het recht erkende rechtvaardigingsgronden, waarvoor alle rechtvaardigingsgronden, zonder enige uitzondering, in aanmerking komen;

Overwegende dat beklaagde, rekening houdend met de door hem beschreven toestand en gedragingen van W.A., die geen reëel ongevalsrisico inhielden, de plicht had op te treden en de nodige maatregelen te nemen om diens veiligheid en die van derden te beschermen;

Overwegende dat de eerste tussenkomst van beklaagde bestaande in het controleren van de identiteit van de betrokkene, en het vervolgens trachten in de boeien te slaan van de persoon in kwestie, toen deze zich aan de identiteitscontrole volkome natrekken door te proberen de vlucht te nemen, volkomen gerechtvaardigd was en paste in het kader in de wettelijke opdracht van zijn politionele functie;

Overwegende dat ook de tweede daarop volgende en krachtdadiger tussenkomst van beklaagde, na zijn mislukte eerste poging, paste binnen de geweldpleging die toelaatbaar en onontbeerlijk was om de vluchtende, fors gebouwde, hevig weerstand biedende en moeilijk te bedwingen W.A. te overmeesteren en te immobiliseren; dat dit doortastender optreden met lichte geweldpleging niet alleen noodzakelijk was om deze voor zichzelf en tegenover derden te beschermen gezien het reeds gebeurde, maar ook om de eigen fysieke integriteit te waarborgen;

Overwegende dat tevens het na de overmeestering in dwang houden en immobiliseren van W.A. door hem met het gezicht tegen de grond te drukken en door schrijlings op zijn rug te gaan zitten, alsmede het op dezelfde wijze vervoeren van W.A. naar het politiecommissariaat, een gerechtvaardigde maatregel was teneinde nieuw verzet en moeilijkheden, die gezien zijn eerder gedrag niet ondenkbaar waren, te vermijden;

Overwegende dat het feit dat beklaagde bij dit alles inderdaad geenszins op een buitenmaatse, agressieve, gewelddadige of brute manier te werk is gegaan, tevens niet alleen blijkt uit diverse getuigenverklaringen, maar ook uit de verklaringen en/of vaststellingen van meerdere geneesheren;

Overwegende dat de diverse getuigenverklaringen, met uitzondering van twee, het immers niet mogelijk maken te besluiten dat beklaagde bij de aanhouding van W.A. onverantwoord geweld, of geweld dat niet tot het strikt noodzakelijk minimum was beperkt, heeft aangewend;

Overwegende dat voorts evenmin op het lichaam van het slachtoffer sporen van abnormale geweldpleging werden aangetroffen; dat de geneesheren Peter R. en Reinhilde H. van ziekenhuis enkel gewag maken van schaafwonden rond de polsen en op de knieën, terwijl de gerechtsdeskundige Chr. Hänsch in zijn verslag eveneens slechts spreekt van letsels van kneuzend geweld (schaafletsels en ecchymosen), die uiteraard onvermijdelijk en eigen zijn aan een overmeestering van een zich hevig verwerend en verzettend persoon;

Overwegende dat de verklaringen van de getuigen Peter C. en Maria De C., die, in tegenstelling tot alle andere getuigen, wel gewag maken van toegebrachte slagen aan het slachtoffer, niet kunnen doen aannemen dat beklaagde zich overgeleverd heeft aan ernstige geweldplegingen, daar deze verklaringen niet alleen ontzenuwd worden door alle andere getuigenverklaringen, maar bovendien eveneens weerlegd worden door de verklaringen en/of vaststellingen van niet minder dan drie geneesheren;

Overwegende dat beklaagde evenmin kan worden aangewezen dat hij bij zijn tussenkomst niet onderkend heeft dat W.A. in feite geen dronken persoon was, maar wel een licht mentaal gehandicapte met een eigenaardig waggelende gang, noch er zich rekenschap van heeft gegeven dat de door hem uitgevoerde aanhouding een eventuele ernstige weerslag had kunnen hebben op zijn specifieke gezondheidstoestand;

Overwegende dat immers zowel beklaagde als zijn collega's W.A. niet kenden en zodoende dan ook niet op de hoogte waren van zijn specifieke geestelijke en lichamelijke toestand; dat beklaagde bovendien in zijn beoordeling van het slachtoffer werd geleid door de oorspronkelijke verwittiging van het politiecommissariaat door een collega-politieagent, waarbij hem werd meegedeeld dat een zwaar dronken man, met abnormale gang kon worden aangetroffen in een van de straten van de gemeente, die blijkbaar niet alleen een gevaar vormde voor zichzelf maar ook voor derden, terwijl het eigenaardig gedrag en de waggelende gang van betrokkene, op zich normalerwijze hetzelfde had doen veronderstellen bij ieder persoon vreemd aan de betrokkene;

Overwegende dat beklaagde in de gegeven omstandigheden derhalve in geen deele kon vermoeden dat hij met een licht mentaal gehandicapte persoon i.p.v. met een dronken persoon te maken had, noch dat zijn tussenkomst hem bv. van streek kon brengen met eventuele ernstige weerslag op zijn lichamelijke gesteldheid of gezondheid;

Overwegende dat ook de omstandigheid dat W.A. zich na zijn immobilisatie ter plaatse van de feiten, alsook nadien in de combi, niet meer verzette en passief bleef niet per se abnormaal voorkwam en/of bij de beklaagde onmiddellijk vragen had moeten doen rijzen omtrent het feit of er eventueel iets mis was met de betrokkene, daar hij, bij gebreke van enige speciale of opvallende aanwijzing daartoe, redelijkerwijze mocht veronderstellen dat W.A. het nutteloze en zinloze van zijn weerstand had ingezien en zijn verzet had opgegeven;

Overwegende dat, gelet op de context van de zaak en de concrete feiten en omstandigheden, het door beklaagde aan-

gewende geweld en de door hem toegepaste immobilisatietechniek ter aanhouding van W.A. geenszins bruut was noch enig reëel risico inhield, en dat zijn optreden gerechtvaardigd was, zoals het gebeurde;

Overwegende dat beklagde voor het door hem aangewend geweld bij het verrichten van de aanhouding van W.A. dan ook een wettige reden had, zodat hij straffeloos moet uitgaan;

...

## HOF VAN BEROEP TE GENT

10e KAMER — 20 FEBRUARI 1992

Voorzitter: mevr. De Praeter

Raadsheren: de hh. De Graef en Bostoën

Openbaar ministerie: de h. Soenen

Advocaten: mrs. Verlinde en Van Eeckhout

### Misdrijf — Deelneming — Door onthouding

*In casu bestaat de strafbare deelneming van beklagde erin dat hij zich onthouden heeft van handelend optreden, welke onthouding een goedkeuring inhield van het gepleegde misdrijf van brandstichting en een werkelijke bijdrage vormde tot het plegen van het misdrijf.*

P. e.a. t/ V.Z.W. S. e.a.

Om de specifieke redenen aangehaald door de eerste rechter is telastlegging A2 tegen Franz P. bewezen gebleven. Immers is Franz P. te beschouwen als mededader in de zin van artikel 66 Sw. ingevolge zijn onthouding om op te treden. Franz P. was ervan op de hoogte dat zijn mededaders brand stichtten ten einde de sporen van de diefstal door allen gepleegd uit te wissen. Zijn vorm van deelneming bestaat hierin dat hij zich «onthouden heeft in het handelend optreden» terwijl hij als oudere man, die toch gezag moest hebben over zijn zoon en over de veel jongere eerste beklagde, de verplichting had te handelen en de brandstichting te beletten. Zijn onthouding hield een goedkeuring in voor de gepleegde feiten en vormde een werkelijke bijdrage tot het plegen van het misdrijf.

### NOOT — Deelneming door onthouding

Bovenstaand arrest gebruikt een weinig voorkomende vorm van deelneming, nl. «deelneming door onthouding».

Een der beklagden, Franz P. ontkennde zijn betrokkenheid bij de brandstichting. Uit de stukken van het strafdosier bleek dat de drie verdachten een diefstal met braak pleegden in een chalet. Achteraf staken twee beklagden, S.D. en Frederik P., de chalet in brand in aanwezigheid van beklagde Franz P., zonder dat deze laatste op enige wijze meehielp aan de brandstichting.

De drie beklagden werden vervolgd als mededader aan de brandstichting. Franz P. ontkennde zijn betrokkenheid bij de feiten van brandstichting, maar werd niettemin veroordeeld.

Hoewel de deelnemingsvormen door de wet omschreven in de artikelen 66 en 67 Sw. het accent leggen op het ver-

richten van een positieve daad, is de onthouding in het handelend optreden als vorm van deelneming geenszins uitgesloten (J. Vanhoudt en W. Calewaert, *Belgisch strafrecht*, 2e druk, nr. 1207).

Ook de recente rechtsleer vermeldt deze vorm van deelneming, genoemd gekwalificeerde onthouding of deelneming door onthouding (L. Dupont en R. Verstraeten, *Handboek Belgisch strafrecht*, nr. 588; Chris Van den Wyngaert, *Strafrecht en strafprocesrecht*, p. 327; openingsrede van advocaat-generaal J. Van Leuven van 2 september 1991, *R.W.*, 1991-92, 842).

Deelneming door onthouding (d.w.z. door iemand die wel de verplichting had te handelen) vereist een werkelijke goedkeuring of aanmoediging tot het plegen van een misdrijf, wat dan ook kan worden beschouwd als een positieve daad in de zin van artikel 66 Sw. (Cass., 24 september 1951, *Pas.*, 1952, I, 13, met noot).

De loutere onthouding kan geen hulp of bijstand vormen in de zin van artikel 66 Sw. tenzij deze onthouding in verband staat enerzijds met de schending van een wettelijk of contractuele plicht tot handelen en anderzijds met de wil een misdrijf te laten plegen. (J. du Jardin, *Résumé du cours d'instruction au droit pénal*, p. 55).

Er bestaat weinig gepubliceerde rechtspraak over deze vorm van deelneming alsof de rechtspractici huiverig zouden staan tegenover het begrip deelneming door onthouding.

J. Soenen

## ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

4e KAMER — 20 JANUARI 1992

Voorzitter: de h. Duys

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Sysmans en Duwijn

Openbaar ministerie: mw. De Jaeger

Advocaten: mrs. Ariën loco Adriaensen en Lecoutre

### Werkloosheid — Recht op uitkeringen — Schorsing — Langdurige werkloosheid — Administratieve beroepsprocedure — Vordering bij arbeidsgerecht — Toelaatbaarheid

*De langdurig werkloze die nalaat administratief beroep in te stellen tegen de aangekondigde schorsing van het recht op uitkeringen, kan de latere beslissing van schorsing van dat recht bij het arbeidsgerecht betwisten op grond van de elementen die hij in de administratieve beroepsprocedure had kunnen aanvoeren.*

V. t/ R.V.A.

Overwegende dat de verzoekschriften van 27 november 1987 en 14 december 1987 gericht zijn tegen beslissingen van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening waarbij een recht op werkloosheidsuitkeringen geschorst werd;

Dat bij ontstentenis van een andersluidende wettekst, dergelijke betwistingen tot de bevoegdheid van de arbeidsgerechten behoren, overeenkomstig artikel 580 Ger.W., en artikel 143, § 3 (als gewijzigd bij de K.B.'s van 30 december 1986 en 28 juli 1987) van het Werkloosheidsbesluit daarvan niet afwijkt.

Dat de mogelijkheden van beroep tegen de beslissingen van de gewestelijke werkloosheidsinspecteur bepaald bij artikel 7, § 11, van de besluitwet van 28 december 1944, als gewijzigd door de wet van 10 oktober 1967, onverminderd zijn gebleven wanneer het gaat om een betwisting over de grond van toekenning van een recht dat steunt op objectieve feitelijke elementen ;

Dat het in artikel 143, § 3, van het Werkloosheidsbesluit bepaalde administratieve beroep slechts een «mogelijkheid» (de werknemer «kan» een administratief beroep instellen...) uitmaakt om bepaalde grieven gegrond op feitelijke elementen kenbaar te maken binnen een bepaalde termijn bij de inspecteur (§ 3);

Dat het niet gebruiken van deze mogelijkheid evenwel niet uitsluit dat dezelfde feitelijke elementen aan de arbeidsrechtbank kunnen worden voorgelegd ;

Overwegende dat het beroep dientengevolge toelaatbaar was en de eerste rechter ten onrechte de aangevoerde feitelijke elementen niet meer aanvaardde als middelen ten gronde bij de beoordeling van de betwisting ;

...

## **CORRECTIONELE RECHTBANK TE GENT (ZITTING HOUDENDE IN HOGER BEROEP)**

18e KAMER – 8 MEI 1992

Voorzitter : de h. Vernaest

Rechters : mevr. Brad en de h. Van Vlaenderen

Openbaar ministerie : de h. Beke

### **Strafvordering – Behandeling van de zaak – Onbepaald uitstel**

1. *Het uitstellen sine die van een zaak om reden dat de vervolgende partij haar bewijsverplichtingen niet heeft nagekomen, waardoor de zaak niet in staat van wijzen verkeert, is geen maatregel van inwendige aard.*

2. *Het hoger beroep tegen een tussenvonnis betreffende een rechtsvraag maakt zowel de strafvordering als de burgerlijke vordering aanhangig bij de hogere rechter, wanneer deze het vonnis tenietdoet op een andere grond dan dat de eerste rechter bevoegd was of dat de zaak niet wettelijk aanhangig werd gemaakt.*

...

5.1. Het uitstellen sine die van een zaak om redenen dat de vervolgende partij haar bewijsverplichtingen niet zou hebben nagekomen, waardoor de zaak niet in staat van wijzen zou zijn, kan niet worden beschouwd als een loutere maatregel van inwendige aard.

Derhalve is het hoger beroep hiertegen ontvankelijk (Cass. 27 mei 1975, *Arr. Cass.*, 1975-76, 1021 met noot ; Hof Gent 19 februari 1974, *R.W.*, 1973-74, 2506).

5.2. Bovendien zijn de overwegingen die aan de bestreden beslissing ten gronde liggen manifest onjuist.

Op het openbaar ministerie rust de bewijslast met betrekking tot de strafrechtelijke schuld van de beklaagde. Het openbaar ministerie dient te bewijzen dat alle constitutieve elementen aanwezig en verenigd zijn.

Op het openbaar ministerie rust ook de bewijslast aan te tonen dat een rechtvaardigingsgrond niet aanwezig is of dat

er geen strafvervolgingsuitsluitende feiten bestaan, doch dit enkel voor zover de beklaagde dergelijke gronden of feiten aanvoert en hetgeen hij aanvoert niet van alle grond ontbloomt is.

Op het openbaar ministerie rust derhalve niet de plicht het initiatief te nemen tot het bewijzen dat geen minnelijke schikking werd aangeboden of dat op het aanbod niet, of niet tijdig, werd ingegaan.

Het openbaar ministerie beslist overigens soeverein of het een dergelijk aanbod zal doen of niet (zie art. 216bis, lid 1 Sv.).

E.C. heeft verstek laten gaan en heeft dus uiteraard geen gronden van verval van strafvordering aangevoerd zodat het openbaar ministerie het niet bestaan van deze gronden niet moet bewijzen.

Hoe dan ook komt de sanctie van het uitstel voor onbepaalde termijn als buitensporig en volledig ongepast voor en maakt dit eerder een weigering tot rechtspreken uit, hetgeen de rechtsbedeling in gevaar kan brengen.

5.3. Nu het hoger beroep, gericht tegen een tussenvonnis dat een rechtsvraag heeft beslecht - met name de inhoud van de bewijslast van de vervolgende partij - gegrond is, is deze rechtbank overeenkomstig art. 215 Sv gehouden over de zaak zelf te beslissen (Cass., 10 september 1980, *R.W.*, 1980-81, 2068-2069 ; Cass., 27 mei 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1021-1022 ; Hof Gent 19 februari 1974, *R.W.*, 1973-74, 2506-2507).

De uitvoering van deze wettelijke verplichting schendt geenszins de rechten van de verdediging (Hof Antwerpen, 5 maart 1982, *Pas.*, 1982, II, 68-70).

5.4. Het feit, E. C. ten laste gelegd, is, zoals in oorspronkelijke dagvaarding omschreven, naar eis van recht bewezen.

5.5. De hierna op te leggen geldboete komt passend voor.

NOOT – Betreffende het onbepaald uitstellen van een regelmatig aanhangig gemaakte zaak, zie ook : Hof Antwerpen, 16 januari 1986, *R.W.*, 1986-87, 950 met noot van M. De Swaef, «Over rechtsweigering».

## **VREDEGERECHT TE MOL**

5 DECEMBER 1989

Rechter : de h. Van Genechten

Advocaten : mrs. Geukens en Spriet

### **Handelshuur – Weigering van huurhernieuwing – Vergoeding wegens uitzetting – Uitgezette huurder die geen rechten op de handelszaak kan laten gelden**

*Als vaststaat dat de weigering van hernieuwing van een handelshuur niet het verlies van de handelszaak tot gevolg zal hebben en dat die handelszaak verder door de onderhuurder zal worden geëxploiteerd, bestaat er geen rechtsgrond om aan de hoofdhuurder, die in feite met de handelszaak niets te maken heeft, nog een vergoeding wegens uitzetting toe te kennen.*

M. t/ R.

Overwegende dat de vordering ertoe strekt te horen zeggen dat de door verweerster ingeroepen redenen om de huurhernieuwing van het goed gelegen te (...) te weigeren,

niet ontvankelijk, althans ongegrond zijn, en dat de handelshuurovereenkomst hernieuwd zal worden voor de duur van negen jaar op de oude voorwaarden;

Overwegende dat de handelshuurovereenkomst tussen partijen gesloten werd, met aanvang op 1 januari 1981;

Dat de eerste periode van negen jaar op 31 december 1989 verstrijkt;

Overwegende dat eiser op 22 september 1988 een regelmatige huurhernieuwingsaanvraag deed;

Overwegende dat verweerster bij schrijven van 21 november 1988, die vraag van de hand wijst en de huurhernieuwing weigert om reden dat eiser geen eigendoms- of huurrechten kan laten gelden op de handelszaak;

Overwegende dat daaruit volgt dat verweerster de aanvraag tot huurhernieuwing heeft geweigerd, wegens redenen, andere dan die van het artikel 16, I, van de Handelshuurwet; dat in dit geval artikel 16, IV, van toepassing is, zodat de verhuurder in principe verplicht is een vergoeding wegens uitzetting te betalen;

Overwegende dat de vordering om de ingeroepen redenen m.b.t. de weigering onontvankelijk of ongegrond te horen verklaren en die tot het vaststellen van de huurhernieuwing elke grond mist;

Overwegende dat eiser in zijn conclusie de oorspronkelijke vordering wijzigt en tegen verweerster een vordering instelt tot betaling van een bedrag van 670.248 frank, welk bedrag de vergoeding wegens uitzetting beoogt;

Overwegende dat uit de overgelegde stukken duidelijk blijkt dat eiser geen eigenaar is van de handelszaak en dat de onderhuurster, de P.V.B.A. Den A., uitsluitend eigenares is van de handelszaak;

Dat, ingevolge akkoord met de eigenaar van het onroerend goed, verweerster, de P.V.B.A. Den A. gerechtigd is om de exploitatie in het gehuurde goed voort te zetten, na 31 december 1989;

Overwegende dat de Handelshuurwet enkel de handelszaak heeft willen beschermen; dat in casu enkel de belangen van de handeldrijvende onderhuurder in aanmerking komen;

Dat, nu vaststaat dat de weigering van huurhernieuwing niet het verlies van de handelszaak ten gevolge zal hebben, en dat de zaak verder door de onderhuurder geëxploiteerd zal worden, er geen enkele rechtsgrond bestaat om aan eiser, die in feite met de handelszaak niets te maken heeft, nog een vergoeding wegens uitzetting toe te kennen;

Dat op dit punt de heersende rechtspraak en die van het Hof van Cassatie unaniem is (Cass., 22 april 1988, *Arr.Cass.*, 1987-88, 1055; Cass., 8 februari 1968, *Arr.Cass.*, 1968, 756; Cass., 4 maart 1971, *Arr.Cass.*, 1971, 639);

Overwegende dat de bewering van eiser dat hem een kans wordt ontnomen om in het pand zelf een nieuwe handelszaak te drijven, en dat hij door op de huurprijs een winst van 16.412 frank per maand te maken nu verlies zal gaan lijden, als irrelevant voorkomen, in het kader van de wettelijke bepalingen tot bescherming van de handelszaak in geval van weigering van de huurhernieuwing;

Overwegende dat eiser stelt dat in de onderhuurprijs van 35.030 frank een gedeelte begrepen is dat dient tot vergoeding van de bij een dading beëindigde overeenkomst van 2 maart 1982, en zo tot de conclusie komt dat hij door de weigering van de aanvraag tot huurhernieuwing, schade lijdt, welke door het betalen van een uitwinningvergoeding dient

te worden vergoed; dat eiser hier ten onrechte een vergoeding opeist, niet voor het verlies van een handelszaak, waarvan hij geen eigenaar is, maar voor het verlies van een op de huurprijs genoten winst, namelijk het door hem opgetrokken verschil tussen de onderhuurprijs en de hoofdverhuurprijs.

...

NOOT – Bovenstaand vonnis werd bevestigd bij vonnis van de Rb. Turnhout (3e Kamer), 19 september 1991 (A.R. nr. 64.102).

## RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

H.v.J. E.G. (4e Kamer), 8 april 1992

*Europese Gemeenschappen – Erkenning van titels op het gebied van architectuur*

In antwoord op een prejudiciële vraag van 18 juni 1991 van de Raad van Beroep van de Orde van Architecten met het Frans als voertaal verklaart het Hof voor recht:

«Artikel 11, sub a, derde alinea, van richtlijn 85/384/EEG van de Raad van 10 juni 1985 inzake de onderlinge erkenning van de diploma's, certificaten en andere titels op het gebied van de architectuur, tevens houdende maatregelen tot vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening van het recht van vestiging en vrij verrichten van diensten, moet aldus worden uitgelegd, dat een opleiding die vier jaar duurt en waarvan twee praktijksemesters onder leiding van de Fachhochschule te Stuttgart deel uitmaken, als een opleiding met een studieduur van vier jaar is te beschouwen.»

(Zaak C-166-91: Bauer t/ Nationale Raad van de Orde van Architecten – Bron: Weekoverzicht van het Hof van Justitie)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 15 mei 1992

*Europese Gemeenschappen – Recht van vestiging – Architectuur – Erkenning van diploma's*

De voorziening was gericht tegen een beslissing van 12 april 1989 van de Raad van Beroep van de Orde van Architecten met het Nederlands als voertaal. Bij arrest van 5 oktober 1990 (*Arr.Cass.*, 1990-91, nr. 60) stelde het Hof een vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

«Overwegende dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in zijn arrest van 21 januari 1992 op de vraag van het Hof antwoordt: 'Artikel 4, lid 1, sub a, van richtlijn 85/384/EEG van de Raad van 10 juni 1985 inzake de onderlinge erkenning van de diploma's, certificaten en andere titels op het gebied van de architectuur, tevens houdende maatregelen tot vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening van het recht van vestiging en vrij verrichten van diensten, moet aldus worden uitgelegd, dat een

opleiding die vier jaar duurt en waarin door de Fachhochschulen georganiseerde en begeleide praktijksemesters zijn begrepen, als een full-time studie van vier jaar moet worden beschouwd»;

«Dat blijkens het arrest van het Hof van Justitie van 8 april 1992 in de zaak Bauer C – 166/91, artikel 11 van de richtlijn dezelfde strekking heeft;

«Overwegende dat de bestreden beslissing vaststelt dat verweerder 'een diploma (overlegt) hem afgeleverd door de Fachhochschule Konstanz op 25 juli 1981 op grond van het op die datum geslaagd eindexamen in de vakrichting architectuur' en dat 'uit een ander stuk blijkt dat de studies vier jaar duurden, daarin begrepen twee geïntegreerde en door de hogeschool begeleide praktijksemesters»;

«Dat uit die vaststellingen blijkt dat de opleiding van verweerder beantwoordt aan de eisen van de artikelen 3 en 4 van de voornoemde richtlijn;

«Dat derhalve de beslissing van de Raad van Beroep van de Orde van Architecten dat de Lid-Staat België, met toepassing van artikel 2 van de richtlijn, het aan verweerder afgegeven diploma moet erkennen en dat de Raad van de Orde van Architecten van de Provincie Limburg moet overgaan tot de inschrijving van verweerder op het tableau van de Orde, naar recht verantwoord is.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Rauws – Openbaar ministerie: de h. D'Hoore – Advocaat: mr. Bützler – In de zaak: Nationale Raad van de Orde van Architecten t/ E.)

#### Hof van Cassatie (1e Kamer), 15 mei 1992

*Faillissement – Art. 445 Fw. – Vervallen schuld – Betaling door overdracht van schuldvordering – Niet tegenwerpbaar – Ook als de schuldeiser op de overgedragen schuldvordering bewarend beslag had gelegd*

De voorziening van eiseres tegen het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 7 mei 1990) wordt om de volgende redenen verworpen:

«Overwegende dat het arrest constateert: 1. dat de N.V. Makelaarskantoor H. (hierna: Makelaarskantoor) op 13 augustus 1984 ophield te betalen, 2. dat die vennootschap een vervallen schuld had van 3.108.661 frank ten aanzien van eiseres, 3. dat zij een schuldvordering op de N.V. Metalunion, waarop eiseres bewarend beslag onder derden had gelegd, overgedragen heeft aan eiseres op 22 oktober 1984; 4. dat eiseres die overdracht heeft betekend aan de N.V. Metalunion op 8 november 1984; 5. dat Makelaarskantoor op 13 februari 1985 failliet werd verklaard;

«Wat het eerste onderdeel betreft:

«Overwegende dat het onderdeel betoogt dat de betaling gedaan bij overdracht van schuldvordering door de gefailleerde in de verdachte periode, geen vrijwillige betaling was, gelet op het bewarend beslag door eiseres gelegd op de schuldvordering, en dat slechts vrijwillige betalingen op grond van artikel 445 van het Wetboek van Koophandel niet aan de boedel kunnen worden tegengeworpen;

«Overwegende dat krachtens artikel 445 van het Wetboek van Koophandel, met betrekking tot de boedel nietig en zonder gevolg zijn, wanneer zij door de schuldenaar zijn verricht sinds het door de rechtbank bepaalde tijdstip van staking

van betaling of binnen de tien dagen die dat tijdstip zijn voorafgegaan, alle betalingen anders dan in geld of in handelspapier, wegens vervallen schulden;

«Dat de betaling van een vervallen schuld door de overdracht van een schuldvordering, een betaling is anders dan in geld of handelspapier die aan de boedel niet kan worden tegengeworpen, als zij in die periode wordt gedaan, ook als de schuldeiser op de schuldvordering die hem werd overgedragen een bewarend beslag had gelegd;

«Dat de appelrechter die vaststelt dat te dezen de betaling, gedaan in de verdachte periode, geen betaling in geld of handelspapier is en om die reden met betrekking tot de boedel nietig is, zijn beslissing naar recht verantwoordt.»

(Voorzitter: de h. Rauws – Rapporteur: de h. Verougstraete – Openbaar ministerie: de h. D'Hoore – Advocaten: mrs. Houtekier, Bützler en Geinger – In de zaak: N.V. C. t/ Faillissement N.V. M.)

#### Hof van Cassatie (2e Kamer), 20 mei 1992

*Dwangsom – Stedebouw – Herstel van de plaats in de vorige staat*

Op een voorziening tegen het bestreden arrest (Hof Luik, 4 oktober 1988) heeft het Hof van Cassatie bij arrest van 13 december 1989 (*Arr. Cass.*, 1989-90, nr. 236) een prejudiciële vraag gesteld aan het Beneluxgerechtshof, dat daarop heeft geantwoord bij arrest van 6 februari 1992 (*R.W.*, 1991-92, 1019, met conclusie van advocaat-generaal B. Janssens de Bisthoven). De voorziening wordt thans verworpen als volgt:

«Overwegende dat het Benelux-Gerechtshof in zijn antwoord op de aan dat hof in het arrest van 13 december 1989 gestelde vraag, in het arrest van 6 februari 1992 voor recht verklaart dat artikel 1, § 1, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom toelaat dat een dwangsom wordt opgelegd ten einde de tenuitvoerlegging te verzekeren van een maatregel die, ofschoon van burgerrechtelijke aard, behoort tot de strafvordering en die meer in het bijzonder bedoeld is om de tenuitvoerlegging te verzekeren van een bevel tot herstel van de plaats in de vorige staat, welke burgerrechtelijke maatregel krachtens de nationale wet door het strafgerecht moet worden uitgesproken als verplichte aanvulling van de strafrechtelijke veroordeling;

«Dat derhalve het arrest, nu het met bevestiging van het vonnis, de eisers veroordeelt tot betaling van een dwangsom ten einde de tenuitvoerlegging te verzekeren van het bevel tot herstel van de plaats in de vorige staat binnen de bepaalde termijn, de beslissing naar recht verantwoordt.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Ghislain – Openbaar ministerie: mevr. Liekendael – Advocaat: mr. Martin – In de zaak: N. t/ het Waalse Gewest e.a.)

#### Rb. Antwerpen (37e Kamer), 2 juni 1992

*Verjaring – Stuiting – Erkenning van de schuld – Betaling – Uitlegging – Betaling in het raam van tenuitvoerlegging*

«Overwegende dat eiser doet gelden dat de schuldvorde-  
ring waarvoor beslag werd gelegd ten tijde van het beslag  
reeds verjaard was; dat de vijfjarige termijn uit art. 81  
W.B.T.W. liep vanaf het bevel van 7 december 1983 en dat  
sindsdien geen geldige nieuwe sluitingsdaad werd gesteld;

«Overwegende dat op 7 december 1983 een dwangbevel  
werd betekend voor de som van 790.976 frank aan B.T.W.  
en voor de som van 1.581.952 frank voor boeten; dat een  
nieuw bevel eerst ter kennis werd gebracht op 6 januari 1989.

«Overwegende dat art. 83 W.B.T.W. wat de stuitingsgron-  
den betreft verwijst naar het burgerlijk recht; dat daar de  
stuitingsgronden worden opgesomd in de artt. 2244 e.v.  
B.W.;

«Overwegende dat verweerder van oordeel is dat er een  
stuiting is ingetreden voor de gedeeltelijke betaling ten be-  
drage van 25.000 frank op 21 februari 1984, en dat derhalve  
vanaf die datum een nieuwe vijfjarige termijn is beginnen te  
lopen;

«Overwegende dat de verjaring wordt gestuit door de er-  
kenning van de schuld door diegene tegen wie de verjaring  
loopt; dat zo'n erkenning ook stilzwijgend kan zijn en kan  
voortvloeiën uit een gedeeltelijke betaling (Van Oevelen, A.  
in *T.P.R.*, 1987, 1812, nr. 50);

«Overwegende dat de omstandigheid dat die betaling ge-  
beurde in het raam van de tenuitvoerlegging niet tot gevolg  
heeft dat zij moet worden beschouwd als onder dwang ge-  
daan; dat het hier in ieder geval niet om een ongeoorloofde  
dwang gaat; dat, zoals voor iedere rechtshandeling, ook hier  
een probleem van uitlegging rijst; dat meer bepaald de  
draagwijdte van die erkenning onzeker is; dat de betaling  
op 21 februari 1984 als een erkenning van de belastingschuld  
kan worden beschouwd; dat overigens de aanslag werd ge-  
vestigd op grond van de eigen aangiften van eiser; dat uit  
de betaling echter niet noodzakelijk kan worden afgeleid dat  
eiser instemde met de opgelegde boete.»

(Beslagrechter: de h. Dirix – Advocaten: mrs. Jespers  
en De Hous – In de zaak: V. t/ Belgische Staat)

tijen duidelijk wordt geformuleerd. De notaris is in elk geval de eni-  
ge opsteller van de notariële akte en heeft de plicht de meest ac-  
curate verwoordingen te kiezen. Hij is immers niet alleen authen-  
tificator maar ook raadsman van de partijen, die dezen moet wijzen  
op de nadelen van bepaalde clausules ook al zijn ze volkomen wet-  
telijk. Dit laatste argument verdient meer nadruk.

Titel II handelt over het ambt van de notaris, waarin o.a. de be-  
kwaamheid en de bevoegdheid van de notaris en de identificatie van  
de notaris in de notariële akte worden behandeld. Inzake het recht  
van elke partij om vrij zijn notaris te kiezen stelt de auteur dat dit  
recht niet alleen beperkt is door een aantal wettelijke bepalingen,  
bv. inzake bevoegdheid, maar ook door een aantal praktische bezwa-  
ren. De auteur meent dat de absolute vrije keuze die bij de vrije  
beroepen wordt gehanteerd en waarbij men bv. in elk stadium van  
het geding van advocaat kan veranderen op voorwaarde dat de vo-  
rige raadsman passend wordt vergoed, niet op het notariaat kan  
worden toegepast, omdat de vergoeding hier gebonden is aan het  
verlijden van de akte. Daarenboven dient vermeden te worden dat  
partijen te pas en te onpas en zonder enige motivering van notaris  
veranderen. Ook al zijn bepaalde regels in dit verband door de Ka-  
mers van Notarissen opgelegd om beïnvloeding en ronseling van  
cliënten te vermijden (zie p. 101), toch mag niet uit het oog worden  
verloren dat de notaris zijn openbaar ambt in de vorm van een vrij  
beroep uitoefent en dat een partij die zich niet op een correcte wijze  
behandeld voelt, in elk stadium zich tot een notaris van haar keuze  
moet kunnen richten. De reglementen die hieromtrent door de Ka-  
mers van Notarissen worden uitgevaardigd en regelingen inhouden  
inzake verdeling van honoraria, dienen m.i. beschouwd te worden  
als interne afspraken tussen notarissen die de rechten van de par-  
tijen niet kunnen beperken.

Titel III behandelt de wettelijke vormvereisten. Hier wordt o.a.  
het probleem van de attesterende getuigen aangesneden in het ge-  
val dat de notaris de partijen niet kent (art. 11 ventôsewet). Het von-  
nis van de Rechtbank te Antwerpen van 5 april 1973 wordt met de  
datum van het arrest van Hof van Beroep als onuitgegeven vermeld  
(voor de publikatie van het vonnis en een uittreksel van het arrest,  
zie *R.W.*, 1976-77, 2360). De uitvoerige studie van prof. Van Oos-  
terwyck over dit onderwerp (*Liber Amicorum Prof. De Boungne*, Ant-  
werpen, 1985, 207 e.v.) blijft onvermeld.

In de overige titels wordt een degelijke handleiding geboden in-  
zake stijl en structuur van de notariële akte, de bijlagen, de aan de  
akte voorafgaande en op de akte volgende formaliteiten, de bewa-  
ring en de legalisatie.

Het handboek is niet alleen van groot nut voor de notaris maar  
ook voor de magistraat en de advocaat die op de hoogte willen blij-  
ven van de regels eigen aan de notariële beroepsuitoefening.

*W. Pintens*

## BOEKEN

J. DEMBLON, *L'acte notarié: commentaire*, in *Répertoire Notarial*, XI,  
*Droit notarial*, VII-1, Brussel, Larcier, 1991, 408 pp.

In de *Répertoire notarial* verscheen een uitvoerige bijdrage over  
de notariële akte van de hand van erenotariss Demblon die dit on-  
derwerp ook onderwees aan de U.C.L. Zoals gebruikelijk in de *Ré-  
pertoire* wordt de uiteenzetting voorafgegaan door een uitvoerige in-  
houdstafel (zowel in het Nederlands als in het Frans) en een uit-  
gebreide en handige trefwoordenlijst. Het werk sluit met een uit-  
voerige literatuuropgave, waarin de Nederlandstalige rechtsleer na-  
genoeg volledig ontbreekt.

In de eerste titel worden enkele algemene beginselen behandeld  
zoals de wettelijke bepalingen uit de ventôsewet en uit het Burger-  
lijk Wetboek die de grondslagen van de notariële akte uitmaken,  
alsook de regels die het opstellen van de akte beheersen. In dit ver-  
band gaat de auteur wat dieper in op het probleem van de opstelling  
van de akte op ontwerp, een probleem dat zich vooral voordoet ten  
aanzen van de kredietinstellingen die erg weigerachtig staan tegen-  
over wijzigingen van hun projecten. Demblon wijst er terecht op dat  
de notaris niet verplicht is het ontwerp zonder meer over te nemen,  
wanneer het niet strijdig is met de wet en de bedoeling van de par-

M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action admini-  
strative*, Brussel, Story Scientia, 1991, 450 pp.

Kan de overheid een beroep doen op de contractuele techniek  
wanneer zij het beoogde resultaat ook door eenzijdig overheidsop-  
treden kan bereiken? Dat is de kernvraag die in het nu als boek  
uitgegeven doctoraal proefschrift van Michel Pâques wordt behan-  
deld. Vooraf wordt een zeer uitgebreide analyse verricht van de ver-  
schillende vormen van eenzijdig overheidsoptreden en van het over-  
heidscontract. Vandaar de titel van het proefschrift: *De l'acte uni-  
latéral au contrat dans l'action administrative*. Het is immers volgens  
de analyse van de diverse wijzen van overheidsoptreden dat de mo-  
gelijkheid om op de contractuele techniek een beroep te doen, moet  
worden bepaald.

In het vrij theoretische *eerste deel* wordt onderzocht in welke mate  
een contractuele binding van de Staat of een openbaar bestuur  
denkbaar is. Het bestaan van een juridisch bindend contract is im-  
mers afhankelijk van het bestaan van een instantie voor wie de con-  
tractueel aangegane verbintenissen kunnen worden afdwongen.  
Daar de Staat zelf die instantie (de «tiers sanctionnateur») uit-  
maakt, is het niet evident dat de Staat én contracterende partij kan  
zijn, én de instantie die de bindende kracht van het contract waar-  
borgt. De mogelijkheid dat publiekrechtelijke rechtspersonen con-  
tractueel zijn gebonden, wordt echter verantwoord op grond dat de  
Staat zelf geen drager is van soevereiniteit, doch vertegenwoordiger

van de Natie, en op grond van de scheiding der machten. De contracterende overheid valt dus niet samen met de instantie die de naleving van de contractuele verbintenissen waarborgt.

In het *tweede deel* wordt een typologie van de administratieve rechtshandelingen opgesteld. De indeling gebeurt volgens de mate waarin degene tot wie de rechtshandeling is gericht, aan de totstandkoming ervan meewerkt. Een onderscheid wordt gemaakt tussen 1° de gevallen waarin de wil van de overheid zich zonder meer aan de bestuurden opdringt, zonder dat die daarbij op constitutieve wijze optreden (bv. de fiscale aanslag); 2° de gevallen waarin het eenzijdig overheidsoptreden ertoe strekt een bepaald verbod op te heffen en waarbij de bestuurde zelf het initiatief neemt (bv. bouwvergunning) en 3° de gevallen waarin een eenzijdig door de overheid vastgestelde rechtstoestand slechts kan worden toegepast met instemming van de betrokkene (bv. statuut van het personeel). In elk van die drie onderscheiden gevallen wordt gepeild naar het voorwerp, de aard en de grondslag van het eenzijdig overheidsoptreden.

Wat betreft het contractueel optreden, wordt de bekwaamheid van de overheid om te contracteren onderzocht in het licht van het specialiteitsbeginsel, de bevoegdheidsregels en de begrotingsregels. Er wordt ook aandacht besteed aan de verschillende fasen die de sluiting van het contract voorafgaan: de vaststelling van de wijze en de voorwaarden volgens welke een contract wordt gegund en de vaststelling van de contractuele voorwaarden. Het gaat hier weliswaar om eenzijdige beslissingen die aan de sluiting van het contract voorafgaan en bij de Raad van State kunnen worden aangevochten. Dit houdt volgens Pâques echter niet in dat zij met de andere eenzijdige rechtshandelingen kunnen worden gelijkgesteld: «Ils ne modifient pas, en effet, la situation juridique de l'administré, contractant potentiel ou tiers, en lui imposant des obligations ou en lui conférant des droits, sans qu'importe son consentement» (p. 189).

Een combinatie van het eenzijdig en het contractueel overheids-optreden wordt gevonden in de rechtsfiguur van de concessie van de openbare dienst. Deze complexe rechtsfiguur wordt in een afzonderlijke titel geanalyseerd.

Het *derde deel* handelt over de mogelijkheid van de overheid om de eenzijdige handelingen en het contract te wijzigen. Het recht van de overheid om rechtshandelingen ex nunc op te heffen of ex tunc in te trekken, wordt zeer grondig en kritisch onderzocht. De auteur laat daarbij niet na het gangbare onderscheid naargelang individuele rechtshandelingen al dan niet rechten doen ontstaan, ter discussie te stellen.

Wat betreft overheidscontracten, erkent de auteur dat de overheid uit de wetten van de openbare dienst het recht put om contracten eenzijdig te verbreken indien het algemeen belang dit vereist. De overheid put dit recht uit de «wetten» betreffende de openbare dienst die hiërarchisch hoger staan dan de «wet» van het contract. Dit recht is overigens niet beperkt tot de zogenaamde administratieve contracten («contrats administratifs») aangezien daarvoor naar Belgisch recht geen afzonderlijke rechtsregels gelden. In overeenstemming met de meeste rechtsleer aanvaardt de auteur dat aan het recht om het contract eenzijdig te verbreken, de verplichting tot schadevergoeding beantwoordt. Het blijft echter moeilijk om voor het recht op schadevergoeding een juridische grondslag te vinden. Pâques meent dat het gaat om een louter contractueel recht: «Le contrat est sur ce point générateur d'un véritable droit acquis contre la volonté non persistante de l'administration» (p. 319). De auteur wijst er verder op dat het wenselijk zou zijn de overheid ook toe te staan om contracten eenzijdig te wijzigen. Hij erkent echter dat, ondanks de rechtsleer in die zin, het recht van de overheid om contracten eenzijdig te wijzigen vooralsnog geen deel uitmaakt van het Belgisch recht.

Het *vierde deel* gaat dan in op de vraag in welke mate de overheid die de mogelijkheid heeft om een bepaalde rechtstoestand op eenzijdige wijze tot stand te brengen, de vrijheid heeft om niettemin op de contractuele techniek een beroep te doen. Een meerderheid van de rechtsleer neemt aan dat de overheid op het contractueel procédé een beroep kan doen telkens wanneer de wet of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het gelijkheidsbeginsel, zich daartegen niet verzetten, en voor zover dit niet gepaard gaat met bevoegdheidsoverdracht (zie o.m. Van Gerven, W. en Wyckaert, M., «Overeenkomsten met de overheid», *T.P.R.*, 1987, (1709), 1748). Pâques wijst die opvatting van de hand. Hij erkent weliswaar dat in de regel enkel het eenzijdig optreden een bijzondere wettelijke machtiging vereist en dat het beroep op het con-

tract niet in het bijzonder door de wet moet zijn toegelaten. Hij gaat er echter van uit dat de bekommernis om de wet van de veranderlijkheid van de openbare dienst te kunnen laten spelen een van de determinerende motieven van de wetgever is geweest om aan de administratie de mogelijkheid van eenzijdig optreden toe te kennen. De vraag naar de geoorlooftheid van het beroep op het privaatrechtelijk procédé, wanneer de overheid over de mogelijkheid van publiekrechtelijk optreden beschikt, komt dan ook neer op de vraag naar de geoorlooftheid van de afstand van het publiekrechtelijk optreden. Immers, de keuze van het contract houdt in dat de relatie tussen overheid en medecontractant door de overeenkomst wordt beheerst. Het veranderlijksbeginsel kan dan alleen die gevolgen hebben die de partijen daaraan hebben voorbehouden. De overheid heeft weliswaar de mogelijkheid om het contract eenzijdig te verbreken doch dit kan slechts gebeuren met schadevergoeding. De overheid moet haar vrijheid in die gevallen bijgevolg «afkopen». Pâques besluit dat de «afstand» van het eenzijdig overheidsoptreden, om geoorloofd te zijn, door de wet moet worden toegelaten. Bij gebrek aan een wettelijke basis is het beroep op het contractueel procédé dan ook niet geoorloofd. Zijn stelling wordt geïllustreerd door een uitgebreide en boeiende analyse van de mogelijkheid om op het contractueel procédé een beroep te doen in aangelegenheden betreffende, onder meer, de openbare orde en veiligheid, de fiscaliteit, de afgifte van een vergunning, subsidies en het openbaar ambt.

Toch valt te betwijfelen of het — meestal overtuigend — betoog betreffende de voornoemde onderzochte toepassingsgevallen de conclusie rechtvaardigt dat, behoudens wettelijke machtiging, het beroep op het contract is uitgesloten wanneer de overheid beschikt over de mogelijkheid van eenzijdig overheidsoptreden. Waar Pâques het contractueel optreden beschouwt als een «afstand» van eenzijdig overheids-handelen en van de mogelijkheid om het overheids-optreden aan de wisselende vereisten van algemeen belang aan te passen, wordt immers voorbijgegaan aan het feit dat — zoals Pâques zelf ook erkent — de veranderlijkheid ook contractueel kan worden bedongen. Bovendien is het mogelijk dat de voordelen van een contractuele regeling voor het algemeen belang belangrijker zijn dan de nadelen die door het prijsgeven van een zekere flexibiliteit ontstaan.

Pâques relateert overigens zijn — op het eerste gezicht verregaande — stelling. Deze geldt immers maar «sous réserve de l'analyse de la volonté du législateur lorsqu'il a doté l'administration de cette compétence unilatérale» (p. 423). Er moet dus worden nagegaan of de wet die de grondslag voor het eenzijdig overheids-optreden uitmaakt, al dan niet tot doel had de overheid te verplichten om enkel van het eenzijdig overheids-optreden gebruik te maken. Die stelling ligt niet meer zo ver af van de meerderheidsopvatting volgens welke het beroep op het contract is toegelaten behalve indien het, ook impliciet, door de wet is verboden.

Pâques besluit dit deel met een aantal beschouwingen over de gelijkheid bij het beroep op het contract.

Het proefschrift van M. Pâques geeft blijk van uitzonderlijke kennis van het gehele domein van het Belgische — en ook het Franse — administratief recht evenals van het burgerlijk recht. Verschillende administratiefrechtelijke en burgerrechtelijke gegevens worden soms op verrassende wijze met elkaar in verband gebracht. De grote belezenheid van de auteur en de wijze waarop hij die etaleert, maken de lezing ervan echter niet steeds gemakkelijk. Gelukkig wordt de ingenieuze indeling bij de aanvang van elk onderdeel toegelicht. Hoewel de alomvattende benadering van het onderwerp soms zeer theoretisch aan doet, bevat het boek ook voor de rechtspracticus belangrijke informatie, onder meer betreffende de aard van de statutaire verhouding, de intrekking en opheffing van administratieve rechtshandelingen en de concessie van de openbare dienst. Als bijdrage tot de kennis van de administratieve rechtshandeling en het overheidscontract is het boek van M. Pâques zonder enige twijfel van onschatbare waarde.

David D'Hooghe

DUTCH ASSOCIATION FOR PROCEDURAL LAW, **Role and Organization of Judges and Lawyers in Contemporary Societies**, H.J. Snijders en M. Ynzonides (red.), Deventer, Kluwer, 1992, 189 pp.

De Nederlandse Vereniging voor Procesrecht is erin geslaagd in een mum van tijd de Nederlandse rapporten voor «The Ninth World Conference on Procedural Law» te Coïmbra en Lisboa in augustus

1991 te publiceren in een boek dat ongetwijfeld lezenswaardig is voor al wie belangstelling heeft voor het vergelijkend gerechtelijk recht.

De op het congres behandelde onderwerpen waren nogal uiteenlopend, wat zijn weerspiegeling vindt in de bijdragen in dit boek. Aan bod komen onder meer: de beroepsethiek van rechters en advocaten, hun onafhankelijkheid en aansprakelijkheid, hun statuut en beroepsorganisatie, de recrutering en het carrièrepatroon van juristen, de lekenrechters, ja zelfs de publikatie van rechterlijke uitspraken.

De bijdragen werden in het Engels geschreven. Blijkbaar stond alleen E. Blankenburg erop dat zijn tekst in deze bundel wél in het Nederlands gepubliceerd werd.

*Jean Laenens*

MIREILLE ANTOINE, MARC ELOY, JEAN-FRANÇOIS BRAKELAND, m.m.v. SABINE DENIS, **Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information. Aspects techniques et juridiques du transfert et de la conservation des documents**, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, deel 7, Namur, CRID en Brussel, Story-Scientia, 1992, XVII + 227 pp.

Deze studie is het resultaat van een interdisciplinair onderzoek, waarbij, uitgaande van een technische beschrijving van de verschillende beschikbare informaticatechnieken, elke techniek wordt bestudeerd en beoordeeld aan de hand van de criteria die worden gestilleerd uit een analyse van de bestaande teksten die het bewijsrecht vormen.

Het boek valt daarbij uiteen in vier grote delen: het eerste behandelt een aantal algemene aspecten die bepalend zijn wanneer men het bewijsrecht confronteert met nieuwe informaticatechnologieën. Daarbij wordt een eerste hoofdstuk gewijd aan informaticasystemen en de eraan inherente risico's, waarbij een technische (en geïllustreerde) beschrijving wordt gegeven van een aantal essentiële aspecten van informaticasystemen en van zekerheid op het gebied van de informatica (pp. 4-37). Een tweede hoofdstuk is gewijd aan een beschrijving van het geldende bewijsrecht, waarbij ook bewijsovereenkomsten behandeld worden (pp. 38-58), waarna een poging tot een interdisciplinaire benadering (pp. 59-69) wordt ondernomen. Dit deel, wellicht het meest revelerende van heel het boek, beschrijft eerst de bewijswaarde van moderne identificatietechnieken voor personen en van authenticatietechnieken voor personen en documenten, waarna beveiligingscriteria inzake de documenten en de erop voorkomende elektronische «handtekeningen» worden uiteengezet.

In het tweede deel, gewijd aan het overbrengen van gegevens, worden eerst de technische aspecten geanalyseerd, ingedeeld en geëvalueerd, waarna de juridische aspecten aan bod komen, onderverdeeld in een paragraaf gewijd aan het gemene recht en een paragraaf gewijd aan het fiscaal recht en de douanereglementering.

Het derde deel, dat de bewaring van gegevens beschrijft, is eveneens opgesplitst in een hoofdstuk dat de technische aspecten beschrijft, en verder een juridisch gedeelte over de algemene verplichtingen inzake de bewaring van documenten en over de specifieke problemen die rijzen door de toepassing van de regels uit het boekhoudrecht en het fiscaal recht.

Het laatste deel, over nieuwe perspectieven, poogt de nieuwe technieken van overbrenging en bewaring van gegevens te integreren in ons rechtssysteem. De auteurs erkennen daarbij dat het actueel geldende recht, dat primauteit verleent aan een ondertekend geschrift dat in origineel bewaard wordt, geen oplossing vermag te bieden voor het gebruik van nieuwe technologieën, ook al vervullen deze beter dan een ondertekend geschrift de basisvereisten die men uit de economie van ons bewijsrecht kan afleiden. Een integratie zal dus bij overeenkomst of op grond van nieuwe wettelijke regels moeten gebeuren. Inzake de integratie bij overeenkomst bespreken de auteurs allereerst de U.N.C.I.D.-regels van de Internationale Kamer van Koophandel, waarna de mogelijkheid wordt besproken tot aanstelling van een intermediair, belast met de berichtcontrole en de bewaring van tussen partners uitgewisselde berichten. Hierbij wordt de werking van Assurnet en Swift besproken. Omdat de mogelijkheden om bij wijze van overeenkomst eventueel tussen partijen rijzende bewijsproblemen te regelen niet onbeperkt zijn, worden ten slotte ook bepaalde krachtlijnen voor een wetswijziging aan-

geduid. Eerst worden de reeds geldende specifieke wettelijke bepalingen in deze materie opgesomd; dan worden de richtlijnen uitgaande van de Raad van Europa bondig besproken en wordt de oplossing uit enkele buurlanden beschreven en komen ideeën aan bod voor een wetswijziging.

Het belang van dit boek is dat het een zeer volledige en – zelfs voor de technisch niet onderlegde leek – bevattelijke uiteenzetting geeft van de bewijsproblemen die door de aanwending van nieuwe technologieën wordt gesteld. Daarbij wordt niet geprobeerd om de basisconcepten uit ons bewijsrecht (het geschrift, de handtekening) zodanig te gaan interpreteren dat zij steeds toepasselijk kunnen zijn op nieuwe informaticatechnieken, maar worden mogelijke knelpunten en afwijkende opinies objectief aangeduid. Daardoor zet het boek aan tot een fundamentele bezinning over het wezen van ons bewijsrecht zelf, wat geen geringe verdienste uitmaakt.

*G.L. Ballon*

J. DUSESUI en E. KOEKELOREN, **Medische terminologie voor juristen**, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu-Uitgevers, 1992, 174 pp.

Beide auteurs zijn arts. Zij hebben dit boek, dat tot stand is gekomen met medewerking van het Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten van de U.I.A., opgevat als een inleiding «in het jargon der medici». Meer bepaald is het bestemd voor juristen die schadedossiers betreffende de evaluatie van menselijke schade moeten beoordelen. De vier eerste hoofdstukken zijn algemeen van aard; daarna volgen hoofdstukken die bij wijze van spreken het hoofd tot de onderste ledematen beschrijven. Een alfabetische index van verklaarde termen vergroot het gebruiksgemak.

*H. Nys*

M. YNZONIDES en G.J. MEIJER, **De civiele kantongerechtsprocedure**, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1992, 143 pp.

Op 30 december 1991 is in Nederland de Wet 31 januari 1991 tot wijziging van de civiele kantongerechtsprocedure in werking getreden. Geopteerd werd voor één uniforme procedure, waarbij de dagvaarding niet slechts door middel van een gerechtsdeurwaardersexploot, doch in een groot aantal gevallen ook door middel van een formulier kan geschieden.

In dit boek, waarin de nieuwe procedure integraal uiteengezet wordt, wordt tevens aandacht besteed aan de «hoofdrospelers», de materiële en territoriale bevoegdheid van de kantonrechter en de voorlopige voorzieningen die deze, in spoedeisende zaken, kan treffen.

Voor wie belangstelling heeft voor de modernisering van de civiele rechtspleging bij onze noorderburen, is dit boek een betrouwbare handleiding, waarin ook de parlementaire geschiedenis en de voorhanden literatuur verwerkt zijn. Het boek bevat bovendien als bijlagen de gewijzigde wetsartikelen, alsook een model dagvaardingsformulier.

Wie de rechtsingang bij contradictoir verzoekschrift bepleit, vindt alvast in de nieuwe Nederlandse procedure rechtsvergelijkende argumenten. Op te merken valt dat de auteurs van oordeel zijn dat *niet* als nodeloos kunnen worden aangemerkt de kosten van een dagvaardingsexploot ingeval voor de eiser ook de goedkopere weg van het formulier openstond (p. 83).

Vermeldenswaard is ook de «modernisering» van de procesrechtelijke vaktermen in Nederland, zoals «tegeneis» in plaats van «eis in reconventie» (pp. 85 en 93).

Jammer genoeg berusten de auteurs in het voortbestaan van een zogenaamd «regionaal» procesrecht, daar zij aanraden voor specifieke vragen telefonisch contact op te nemen met de griffie van het desbetreffende kantongerecht (p. 2, voetnoot 2)!

*Jean Laenens*

R.M. DE PUYDT, **Beroepsdeontologie van de advocaat**, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 69 pp.

Het betreft de tweede herwerkte druk van de in 1988 verschenen eerste uitgave. De verplichting van elke advocaat-stagiair een proef te ondergaan om het B.U.B.A.-attest (bekwaamheidsattest tot het uitoefenen van het beroep als advocaat) te krijgen verklaart allicht het succes van dit boekje dat hooguit de verdiensten heeft van een kritiekloze studentensyllabus, vaak zelfs in telegramstijl opgesteld. Wetenschappelijke diepgang ontbeert het zeker, wat alvast blijkt uit het schaarse «notenarsenaal».

Bovendien bevat het boekje storende taalfouten (zie bv. op blz. 60: «In haar arrest... stelde het Hof van Cassatie...»). Wie wordt ook niet wrevelijk bij de lectuur van een in het Frans geciteerde passus uit een in dit tijdschrift verschenen Nederlandstalig arrest van het Hof van Beroep te Brussel (zie blz. 48)?

Jean Laenens

PH. H.J.G. VAN HUIZEN, **De cessie ter incasso : keerzijde van de betalingsopdracht**, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992, 21 pp., prijs : f 16

Dit boekje is de weergave van de oratie die door de auteur werd uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar handelsverkeersrecht aan de Rijksuniversiteit te Utrecht op 6 juni 1992. Hierin staat de rechtsdogmatische verantwoording van de cessie ter incasso, d.i. een vorm van overdracht van een schuldvordering in het vermogen van de cessionaris ter incasso, centraal.

In de eerste plaats wijst Van Huizen erop dat in het handelsverkeer een interactie van belangen ontstaat die hun belangrijkste drijfveer hebben in financieel economische afwegingen (p. 3). Deze interactie van belangen, die eveneens bij de cessie ter incasso tot uitdrukking komt, vraagt uiteraard een adequate juridische regeling. De auteur vervolgt zijn betoog met de stelling dat economische belangen een voldoende en rechtsgeldige titel kunnen zijn om een rechtsfiguur te rechtvaardigen. Deze opvatting wordt met een verwijzing naar talrijke arresten van de Hoge Raad ondersteund.

Uit de uiteenzetting blijkt dat er in de Nederlandse rechtsleer grote betwisting bestaat aangaande het karakter van deze hybride rechtsfiguur, die, zoals uit haar benaming blijkt, zowel aspecten van een (verbintenisrechtelijke) lastgevingsconstructie als van een (zakenrechtelijke) overdracht van schuldvorderingen in zich draagt. De discussie is daarenboven niet louter academisch aangezien de cessie ter incasso in het Nederlands handelsrecht als vorm van factoring veelvuldig wordt toegepast.

Voor de rechtsaard van de cessie ter incasso is het arrest «Zomerdijk - Goudsblom» van de Hoge Raad van groot belang (Hoge Raad, 21 oktober 1983, *N.J.*, 1984, 254, met noot Ma.). In dit arrest overweegt de Hoge Raad het volgende: «Vooropgesteld moet worden dat de schuldeiser — al dan niet met het gebruik van de term cessie ter incasso — aan een derde de last kan geven de vordering op eigen naam te innen. Een zodanige last kan ook ter gelegenheid van een overdracht van een vordering uitdrukkelijk worden bedongen of in een overeenkomst opgesloten liggen in dier voege dat de oorspronkelijke schuldeiser bevoegd blijft de vordering op eigen naam, doch ten behoeve van de nieuwe schuldeiser, te innen.» Volgens een gedeelte van de rechtsleer (Scholten en Mijnsen) moet uit dit arrest afgeleid worden dat een cessie ter incasso slechts opgevat mag worden als een lastgeving om op eigen naam een vordering te innen. Volgens een andere strekking (Schoordijk) heeft de cessie ter incasso als gevolg dat het vorderingsrecht zakenrechtelijk overgaat. Voor Van Huizen is deze laatste opvatting evenwel niet te rijmen met de door de Hoge Raad gekozen oplossing. Uit de hierboven vermelde overweging blijkt immers dat de Hoge Raad niet de cessionaris ter incasso maar de cedent als schuldeiser aanmerkt (p. 11).

De auteur besteedt ook ruim aandacht aan de controverse die bestaat rond art. 3:84, lid 3, N.B.W., dat bepaalt dat een rechtshandeling geen geldige titel is voor de overdracht van het goed indien «die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te laten vallen». Bij de lectuur van deze polyinterpretabele bepaling rijst noodzakelijkerwijze de vraag of de

N.B.W.-wetgever thans ook de cessie ter incasso verbiedt. Ook op dit punt zijn de meningen van de auteurs verdeeld.

Voor Mijnsen ontbreekt bij de cessie ter incasso een geldige titel, omdat de cessieovereenkomst niet de strekking heeft de vordering in het vermogen van de cessionaris te doen vallen. De Nederlandse wetgever baseert, zo blijkt uit de memorie van antwoord bij de Invoeringswet, de cessie ter incasso op de idee van de middellijke vertegenwoordiging, zodat de incasso-overeenkomst — bij gebrek aan zakenrechtelijke werking — niet beschouwd kan worden als een rechtshandeling die onder het verbod van art. 3:84, lid 3, B.W. zou vallen. In de opvatting van Schoordijk is de cessie ter incasso daarentegen zakenrechtelijk mogelijk omdat het vorderingsrecht in het vermogen van de cessionaris valt, zij het dat deze met de cedens op grond van lastgeving moet afrekenen.

De stelling die door de auteur verdedigd wordt, wijkt af van de hierboven geschetste analyses van deze rechtsfiguur. Na een korte studie van een aantal in het handelsrecht veel voorkomende rechtsfiguren zoals o.m. de incassowissel en incassoscheque, die eveneens voor de houder een eigen inningsbevoegdheid creëren, komt de auteur tot een rechtsdogmatische verantwoording van de cessie ter incasso die zuiver verbintenisrechtelijk van aard is. Hij ziet de cessie ter incasso als een betalingsopdracht, in die zin dat er sprake is van een ten behoeve van een derde (de cessionaris ter incasso) gestipuleerd recht op inning waartegen de debiteur in beginsel geen bezwaar kan maken en dat hij heeft te respecteren zolang enerzijds de schuldenaar niet in zijn belangen wordt geschaad en anderzijds de schuldeiser (de cedent ter incasso), gelet op de omstandigheden met deze constructie zijn belangen behartigd weet. De cessie ter incasso brengt dan ook geen overdracht van schuldvordering met zich mee maar is een rechtshandeling die erop gericht is ten behoeve van de cessionaris een eigen recht ter incasso te creëren (p. 19).

De lectuur van deze uitstekende rede kan warm aanbevolen worden aan elke Belgische jurist die interesse toont voor de analyse van de naar Belgisch recht bestaande rechtsfiguren die een overdracht van schuldvordering behelzen, zoals o.m. de fiduciaire cessie, het factoringcontract, de cessie-retrocessie.

Geert Van Haegenborgh

## MEDEDELINGEN

### Colloquium «Het vervolgingsbeleid inzake milieudelicten»

De Belgische Vereniging voor Milieurecht organiseert een colloquium met als thema «Het vervolgingsbeleid inzake milieudelicten», op vrijdag 11 december 1992 in het Auditorium van het Gemeentekrediet, De Lignestraat 2, Brussel.

#### Programma :

- 9u30 Juridische aspecten van de verhouding tussen het parket en het toezichthoudend bestuur door de heer E. Goethals, substituuat procureur-generaal te Gent
- 10u00 Een overzicht van de actuele toestand van het vervolgingsbeleid bij de parketten in Vlaanderen door de heer J. Van den Bergh, rechter in de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent
- 11u00 Een overzicht van de actuele toestand van het vervolgingsbeleid bij de parketten in Wallonië door de heer B. Rouard, ambtenaar van het Waalse Gewest
- 11u30 Panelgesprek over de actuele noden en mogelijkheden van een vervolgingsbeleid en over de samenwerking tussen administratie en parketten
- 14u00 Statuut van de toezichthoudende ambtenaar-officier van de gerechtelijke politie door de heer A. De Nauw, hoogleraar V.U.B.
- 14u30 Strafrechtelijke expertise in milieuzaken door de heer E. Staudt, substituuat procureur des Konings te Dinant
- 16u00 Panelgesprek met beleidsverantwoordelijken en vertegenwoordigers van de industrie en de milieubeweging

Inlichtingen : mevr. A. Vandeweghe, Seminarie voor Milieurecht, Universiteitstraat 4, 9000 Gent.