

WIE NIET HOREN WIL, MOET VOELEN?

*Rede uitgesproken door de advocaat-generaal Chr. MAES
op de plechtige openingszitting van het Hof van Beroep te Gent
op 1 september 1995*

1. Bij de stemming over de wijziging van artikel 351 van het Gerechtelijk Wetboek, waardoor de passende rede van de procureurs-generaal aansluitend bij het uitvoerig verslag over het rechtspreken binnen het ressort van de hoven van beroep *vrijblijvend* werd, onthielden zich veertien senatoren. Zij betreurden dat, ik citeer, «de tijd de gebruiken verdringt», dat de «traditionele bezinningsplicht evenals vele andere, wordt doorkruist door het spoedeisend karakter van een aantal zaken die hun bezadigdheid aantast», terwijl «goede gezagvoering allereerst berust op goede redevoeringen over de uitoefening van het gezag en er geen onbetwistbaar gezag bestaat dat zijn overredingskracht niet put uit het beheerste avontuur van het woord». ¹

Men kan het ooit geuite scepticisme van een procureur-generaal te Gent over deze laatste retorische beschouwing wellicht delen. ² *Bezinning* mag echter voor de jachtige druk van het alledaagse niet wijken. De zin van ons werk mag niet aan ons voorbijgaan. Dag na dag, zaak na zaak, moeten we de waarde van onze vordering, van ons advies, van onze beslissing ter discussie stellen. Altijd moeten we onze eigen zinvolheid toetsen.

De tijden eisen van ons dat we dit weldra zouden doen volgens het meelijwekkend tempo van de snel-wetgeving, op de rails van het rechtsmilieuverstorend snelrecht.

In *Het proces* van Kafka, lokten de ten onpas aan de hielen van Vrouwe Justitia geschilderde vleugels bij Jozef K. de terechte reactie uit dat, als de vrouw haar vaart niet mindert, de weegschaal schommelt en er dan geen rechtvaardig oordeel meer mogelijk is. ³

Mag aan dag-in-dag-uit-bezinning, die onmiskenbaar bij het overgrote deel van de collega's als vanzelfsprekend aanwezig is, bij de aanvang van een gerechtelijk jaar nog een praktijkoverschrijdende bezinning voorafgaan van iemand die meent alsdan een forum te kunnen benutten om een meestal specifieke bezorgdheid te uiten?

Dat dit dan maar weer geen aanleiding zij om ons nuanceeloos en veralgemenend te gaan verwijten kostbare tijd verloren te laten gaan aan de voorbereiding van een rede die tot verveling van velen, de academische knie van een universiteitsassistentenbijdrage nog niet raakt en de praktijkjurist niet nader tot de ontwarring van zijn concrete problemen voert.

2. De malaise blijft, zo te horen, groot. Wij, magistraten, zouden erg ziek zijn. We laten in ieder geval, uit naam van een ongedefinieerde «waardigheid», de soms terechte, maar ook de vele ongegronde kritieken, met onbegrijpelijk lijdzaam dociliteit onbeantwoord.

Van een magistratuur, gezuiverd van een overigens kleine schare gemakzuchtigen en ijdel, vrij van jeremiërenden, cynici en mindere lumières, moet niet meer, maar ook niet minder worden verwacht dan werkkraft, geweten en wijsheid. En zij mag, zoals alle rechtgeaarde burgers in een gemeenschap er recht op hebben, op dezelfde kwaliteiten hopen bij al wie zijn eigen gebreken op haar projecteert.

Geen tijd voor gekjammer, als iedereen maar gewetensvol doet wat van hem verlangd wordt. ⁴

Alleen op die wijze wordt de kloof tussen burger en overheid gedicht en dit lijkt mij dezer dagen de grootste zorg te (moeten) zijn van het beleid: de geloofwaardigheid herwinnen.

Ervloeien in ons land te veel middelen weg aan oppervlakkigheid en show. Men houdt zijn eigen buitenkanten recht.

De binnenkanten moeten belangrijker worden dan het formalisme.

«Een overheid die op een geloofwaardige manier doet wat zij hoort te doen, draagt bij tot een klimaat waarin burgers hetzelfde doen. Een klimaat waarin het vertrouwen kan gedijen dat gewetensvol handelen 'loont' en 'normaal is', zo las ik in een publicatie van het Nederlandse Ministerie van Justitie. ⁵ Al zal – het zij gezegd – een gewetensbevestigende aanpak van de meer en meer (kansen) calculerende burger niet overbodig zijn. Omdat bij deze burger de neiging groeit individuele belangen, wanneer het hem uitkomt, te laten prevaleren boven die van de gemeenschap. ⁶

Het zijn niet alleen de magistraten die dagelijks anderen aanspreken op hun «betere ik», die dit in de eerste plaats voor zichzelf moeten doen.

De wetgever, die hen hun werkinstrument bij uitstek bezorgt, heeft, zoals wijlen procureur-generaal N. Bauwens er ons vorig jaar nog aan herinnerde, veel van zijn accuratesse verloren. ⁷

Juist die kwaliteit van wetgeving is in hoge mate bepalend voor de geloofwaardigheid van de overheid en haar beleid. ⁸

De onomwonden verklaring van een senator bij de overhaast tot stand gekomen wet van 19 januari 1990 op de verlaging van de burgerlijke meerderjarigheid, als zou «de ambitie om perfectie wetteksten te produceren» moeten «worden ingetoomd, wanneer blijkt dat er een groot onbegrip bij

⁴ G. DE BAETS, «Vertrouwen in het gerecht» (kanttekeningen), *R.W.*, 1994-95, 893.

⁵ Dr. H. VUYSJE, *Zachte krachten in een harde samenleving*, Just. Verk. WODC, nr. 2, 1993, 28.

⁶ Prof. dr. B. SPIECKER, *Individualisme, publieke moraal en moreel pluralisme*, Just. Verk. WODC, nr. 2, 1993, 85.

⁷ N. BAUWENS, «Het beleid van het Openbaar Ministerie», *R.W.*, 1994-95, 585, sub 11.

⁸ Dr. Ph. EIJLANDER, *De politieke dimensie van wetgeving*, Just. Verk. WODC, nr. 5, 1991, 50 (63).

¹ *Gedr. St., Senaat*, 1975-80, nr. 360/2.

² G.J.Y. VERHEGGE, «Naar aanleiding van het verslag van juni 1979 van de Commissie voor herziening van het Strafwetboek», *R.W.*, 1980-81, 345.

³ F. KAFKA, *Het proces*, hoofdstuk 7.

de publieke opinie zal ontstaan» (cit.),⁹ is een slechte inschatting van de werkelijke eisen die de burger aan zijn bestuurders stelt.

Dat bewindslieden tijdens de vierjarige cyclus van verkiezingen tot concrete beleidsdaden en resultaten willen komen, behoort tot hun gerechtvaardigde ambitie.

Nieuwe wetgeving of wijziging van bestaande wetgeving wordt hierbij vaak als een onontbeerlijk instrumentum gezien. De snelheid waarmee dit binnen de zittingsperiode of om kort in te spelen op de meestal plotselinge concrete gebeurtenissen tot stand komt, kan nochtans ten koste gaan van zorgvuldigheid en afgewogenheid van het wetgevend werk.¹⁰

Bevrediging van een stuk persoonlijke vanitas meestal, die noch de burger dient noch hem vertrouwen inboezemt.

Wellicht doen ze er niet slecht aan zich even te spiegelen aan de wijze nederigheid van Vaclav Havel waarmee hij op 27 oktober 1992 de Franse Academie des Sciences Morales et Politiques toesprak en onder meer zei: «Wij mogen niet alleen rekening houden met de kalender die we hebben bepaald voor onze werking op de wereld. We moeten ook de eindeloos veel ingewikkelder kalender volgen die de wereld zelf bepaalt en die een wezenlijk deel is van de duizenden onafhankelijke kalenders die een eindeloze veelheid van natuurlijke, historische en menselijke verschijnselen besturen.» «Ik had getracht de Geschiedenis te doen opschieten als een kind dat aan een plant trekt om die sneller te doen groeien. Ik denk dat men moet leren te wachten zoals men leert te scheppen.»¹¹

3. *De kwaliteit van de wetgeving als wezenlijk element van de kwaliteit van de overheid is de vrucht van een geduldige, legislatuur- en politicusoverstijgende bezinning in wijsheid.*

In de boeiende en delicate materie van het jeugdrecht die mijn beleving van de magistratuur (ondanks het, dikwijls weggelachten stigma van «magistraat-light» of «magistraat-soft») reeds jaren bepaalt, treft mij des te meer de *incongruentie* in het wetgevend werk, waarvan ik mij afvraag of dit bovendien voldoende is voorafgegaan door wat de Nederlanders noemen: *ex-ante-evaluatie*, een vergelijkbaar begrip met wat hedendaagse bedrijfsleiders verstaan onder marktonderzoek.

Eind vorig jaar, naar aanleiding van de bespreking van de ontwerpen van wet betreffende de rijksmiddelenbegroting en de Algemene Uitgabenbegroting voor het begrotingsjaar 1995, waarschuwde een senator voor het bestaan van een nog gevaarlijker kloof naast die tussen burger en politiek, namelijk die tussen justitie en politiek.¹²

Voor de magistraat verliest de politicus inderdaad zijn geloofwaardigheid als van hem het *helder* product niet meer komt wat van hem verlangd wordt en dat onder meer zou moeten voldoen aan de eisen van techniek, systematiek, uitvoerbaarheid, handhaafbaarheid, maatschappelijke inbedding en van overeenstemming met het internationaal en

communautair recht, met de grondwet en de algemene rechtsbeginselen.¹³

4. Zo komt het dat ik onder meer ontgoocheld ben door de verwarringscheppende dubbele en andersluidende vertaling in onze nationale wetgeving van artikel 12 uit het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (I.V.R.K.).¹⁴

Het gevoel bekruipt me dat nogal wat landen met een gegeneerde bloes op de wangen hun handtekening onder dit Verdrag van 20 november 1989 hebben geplaatst, met in hun achterhoofd het voornemen de ontvoogdende inhoud van enkele artikelen, waaronder art. 12, naar hun eigen aard en gevoeligheid in te kleuren.

Reactionaire reflexen konden immers zo worden voorspeld. Dezelfde schrik voor teloorgang van gevestigde waarden als gezin, autoriteit en ouderlijke «macht», die we terugvinden naar aanleiding van de juridische ontvoogding van de vrouw in de vijftiger jaren, steekt opnieuw de kop op. Bepaalde filosofen en juristen die in hun kielzog denken, betwisten kinderen het recht op participeren en wensen ze terug te plaatsen in de tijd van de vanzelfsprekendheid en het paternalisme.¹⁵ Deze eerste weerstand zal ik de ideologische noemen.

De tweede weerstand leeft in de gedachte dat je slechts over rechten beschikt als je in staat bent ervoor op te komen en ze aan te wenden. Waarbij het criterium van het «in staat zijn» meestal gezocht wordt in een leeftijd vanaf wanneer... Ik noem hem de feitelijke bekwaamheidsontkennende weerstand. De bekende juridische bekwaamheidsonttrekkende weerstand blijft als derde recht, ondanks insijpelingen in de oude dijken. Voor wie hierbij langer wil blijven stilstaan ver-

¹³ Dr. Ph. EIJLANDER, o.c., 50; dr. G.J. VEERMAN, *De paradox van de wetsevaluatie*, *ibidem*, 8 (29).

¹⁴ De tekst van art. 12 luidt:

1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.

Vertaling:

1. De Staten die partij zijn, verzekeren het kind dat in staat is zijn eigen mening te vormen, het recht die mening vrijelijk te uiten in alle aangelegenheden die het kind betreffen, waarbij aan de mening van het kind passend belang wordt gehecht in overeenstemming met zijn leeftijd en rijpheid.

2. Hiertoe wordt het kind met name in de gelegenheid gesteld te worden gehoord in iedere gerechtelijke en bestuurlijke procedure die het kind betreft, hetzij rechtstreeks, hetzij door tussenkomst van een vertegenwoordiger of een daarvoor geschikte instelling, op een wijze die verenigbaar is met de procedureregels van het nationale recht.

¹⁵ Opgemerkt door M.F. LUCKER-BABEL, «Droits de l'enfant: idéologies et réalités», in *Tribune internationale des droits de l'enfant*, (DEI), 1993, vol. 10, nrs. 1 et 2, 18; V. POULEAU, «A propos de la convention des droits de l'enfant. L'enfant, sujet de droits: enfin une réalité», *J.T.*, 1990, 618.

⁹ *Parl. Hand., Senaat*, 9 januari 1990, 1285-1286; zie ook *Parl. Hand., Senaat*, 8 juli 1993, 3358.

¹⁰ Dr. Ph. EIJLANDER, o.c., 50 (55).

¹¹ Toespraak integraal in *De Morgen*, 14 november 1992, «Godot komt niet».

¹² *Parl. Hand., Senaat*, 20 december 1994, 671 (Loones); de eind-«k» van «politiek» vindt u terug in het *Beknopt Verslag* van dezelfde datum, 242.

wijs ik naar mijn bijdrage tot de Postuniversitaire Cursus Willy Delva 1993/1994.¹⁶

Dat de effectiviteit en de afdwingbaarheid van het hoorrecht door een vierde, alle vorige concretiserende weerstand, namelijk die van de nationale wetgever, zou worden afgezwakt, is op zich reeds te betreuren.¹⁷

Maar dat die gecumuleerde weerstanden, reeds sporadisch door rechtsleer en rechtspraak vertolkt in de ontkenning van de directe werking van zowel het hele verdrag,¹⁸ als van artikel 12,¹⁹ zouden leiden tot de inschrijving in ons Belgisch rechtsbestel van twee totaal verschillende wetsartikelen, berust noch op gevoel, noch op ratio.

De wetgever gaf, nadat hij het I.V.R.K. bij de wet van 25 november 1991 bekrachtigd had, geen zinnig motief waarom hij het hoorrecht al naar gelang de bevoegde rechtbank met betrekking tot dezelfde materie op verschillende wijze wou waarborgen.²⁰

Zo moet luidens artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek²¹ een meisje van dertien bijvoorbeeld een vrederechter schriftelijk verzoeken om gehoord te worden aangaande de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag en/of het recht op persoonlijk contact dat tussen haar ouders wordt betwist. Datzelfde meisje moet luidens artikel 56bis van de wet betreffende de jeugdbescherming²² dan weer verplicht opgeroepen worden om haar de kans te geven met de jeugdrechter over een identiek geschil te praten.

Het gemene recht bepaalt geen leeftijd voor de faculteit het kind te horen. In het jeugdrecht bestaat er daarentegen wel een oproepingsplicht vanaf twaalf jaar.

¹⁶ C. MAES, «Rechten van het kind, Belang(en)-rijk», in *Persoon- en Familierecht – Gezin en recht in een postmoderne samenleving*, Gent, Mys en Breesch, 1994, 377, nrs. 15, 16, 18, 22 t/m 25.

¹⁷ Zo verkreeg senator GOVAERTS (in limine) dat niet de modaliteiten van het in artikel 12 I.V.R.K. ingeschreven recht, maar het recht zelf werd herschreven. «Het kind dat in staat is zijn eigen mening te vormen» van artikel 12 I.V.R.K. werd vertaald als: «de minderjarige die over het vereiste onderscheidingsvermogen beschikt» van artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek; *Gedr. St., Senaat*, 1993-94, nr. 898/2, 13; zie ook, i.v.m. het recht en de modaliteiten ervan, C. PANIER, noot onder Rb. Luik, 22 november 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 149.

¹⁸ Cass. (Fr.), 10 maart 1993, *D.*, 1993, 361.

¹⁹ V. POULEAU, «Propos sur l'applicabilité (directe?) de la convention des droits de l'enfant dans l'ordre juridique interne belge», *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1991, 495. *Contra*: A. ALEN en W. PAS, «De directe werking van het V.N.-Verdrag inzake de Rechten van het Kind», in *Kinderrechtengids*, Gent, Mys & Breesch 1994; Gent (J.) 13 april 1992, *R.W.*, 1992-93, 229, met noot G. CAPPELAERE, E. VERHELLEN en F. SPIESSCHAERT; Gent (J.) 17 januari 1994 (in dit nummer in de rubriek «Rechtspraak in kort bestek»; Cass., 11 maart 1994, *R.W.*, 1994-95, 671; *A.J.T.*, 1994-95, 4, met noot R. UYTENDAELE, *Kinderrechtengids*, deel 3, 3.1.3.

²⁰ a. Bv. leeftijden: *Gedr. St., Kamer*, 1991-92, nr. 545/14, 96: «Niets belet dat in een specifieke materie» (?) «een meer expliciete regeling wordt getroffen en een duidelijke richtlijn (?) aan de rechter wordt gegeven.»

b. P. SENAËVE en J. PEETERS (red.), *De hervorming van het jeugdbeschermingsrecht*, Leuven, Acco 1994, 118, nr. 200.

c. B. POELEMANS, «Hoorrecht van minderjarigen», in P. SENAËVE en W. PINTENS (red.), *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen*, Antwerpen-Apeldoorn Maklu, 1994, 47, nr. 79, en 55, nr. 97.

²¹ Van toepassing vanaf 1 oktober 1994.

²² Van toepassing vanaf 27 september 1994.

Nog tal van andere verschillen, waarvoor ik verwijs naar eventuele commentaren in een zwellende rechtsleer,²³ wens ik hier brevitatis causa niet in herinnering te brengen.

De rechtszekerheid die de kamercommissie wou dienen door de reeds veelvuldige disparate vertolkingen van artikel 12 I.V.R.K. in de rechtspraak aan, in de wet ingebedde, regels te binden is – zoveel is duidelijk – niet bereikt.²⁴

Bepaalde rechtsleer stelt ook reeds dat de oproepingsplicht van een meer dan 12-jarige, wanneer het over zijn of haar volle adoptie of adoptie, over verlatenverklaring of overdracht van ouderlijk gezag gaat, buiten de limitatief in artikel 56bis W.J.B. opgesomde materies valt.²⁵

Ingrijpende beslissingen die het kind van zijn roots dreigen af te snijden, die het van de ene dag op de andere een andere identiteit, soms nationaliteit verlenen, die het kind van een ander maken, niet beschouwen als iets wat het aanbelangt, kan door de wetgever niet zijn gewild.²⁶ Mijn advies voor de jeugdkamer van uw Hof luiden dan ook steeds:

«Het zou inderdaad strijdig zijn met artikel 12 I.V.R.K. dat een speciale wet, zijnde de jeugdwet van een land, uitgerend kinderen rechten zou ontzeggen vóór een rechtsmacht die voor de specifieke bescherming van hun rechten werd opgericht en ze daarentegen wel zou toekennen vóór elke andere rechtsmacht.»

«Wanneer een wet afbreuk doet aan meer gunstige bepalingen die vervat zijn in de (andere) wetten van het land dat het I.V.R.K. geratificeerd heeft of in de internationale verdragsbepalingen die voor dat land van kracht zijn, dan primeert de bepaling die gunstiger is voor de werkelijkking van de rechten van het kind, dit conform artikel 41 I.V.R.K.»

«Het komt de nationale rechter toe, bij rechtenbeperking door de wetgever, de ruimere rechten toekennende internationale regel toe te passen.»²⁷

Onbelangrijk is het te argumenteren dat ondanks artikel 56bis van de Jeugdwet, kinderen jonger dan twaalf op grond van artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek²⁸ en van artikel 51 van de wet betreffende de jeugdbescherming²⁹ nog altijd facultatief gehoord kunnen worden³⁰ en elke te adopteren minderjarige op grond van artikel 350, § 3, vierde lid, en 353, § 3, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek, enkel wanneer de jeugdrechtbank het *passend acht*, buiten tegenwoordigheid van de partijen gehoord wordt.³¹

²³ B. POELEMANS, o.c., 35 (uitvoerig); P. SENAËVE en J. PEETERS (red.), o.c., 113.

²⁴ *Gedr. St., Kamer*, 1991-92, nr. 545/14, 89; P. CORNELIS en P. RANS, «Le nouveau visage de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse», *R.D.P.*, 1994, 1055 (section 4).

²⁵ B. POELEMANS, o.c., 45, nr. 72, en 51, nr. 86; P. SENAËVE en J. PEETERS (red.), o.c., 120 t/m 123, nrs. 204 t/m 212.

²⁶ Vgl. Gent (J.), 1 februari 1993, *Kinderrechtengids*, deel 3, 3.2, 9; Gent (J.), 26 juni 1995 (in dit nummer in de rubriek «Rechtspraak in kort bestek»).

²⁷ Voorbeeld: Gent (J.), 19 december 1994, 1994/JR/0045, E.P./t G.G.; Gent (J.) 19 juni 1995 (in dit nummer in de rubriek «Rechtspraak in kort bestek»).

²⁸ Voorbeeld: Antwerpen (J.), 15 juni 1995 (in dit nummer in de rubriek «Rechtspraak in kort bestek»).

²⁹ Maar hier in aanwezigheid van de partijen en hun raadslieden.

³⁰ Zie ook de artikelen 1290, derde lid, 1293, derde lid, en 1294 Ger.W.

³¹ Zie ook artikel 1237bis, § 4, vierde lid, Ger.W. en *Gedr. St., Kamer*, 1985-86, nr. 583/2, 9.

Treffend blijft de mogelijkheid tot interpretatieverschil en het verschil in behandeling van kinderen die voor identieke situaties zijn geplaatst.

5. Ik ben derhalve benieuwd naar de dag, waarop het Arbitragehof zich zal uitspreken over de conformiteit van die geesteskinderen van de wetgever met de artikelen 10 en 11 van onze Grondwet. Want wellicht wordt geen verantwoording gevonden voor een onderscheiden behandeling van kinderen, aangezien er eenvoudig geen objectieve en redelijke rechtvaardiging voor bestaat. Mocht er al een rechtvaardiging voor zijn, dan zou deze beoordeeld moeten worden in verband met het doel en de gevolgen van dit onderscheid en rekening houdend met de in een democratische samenleving heersende principes. De ongelijkheid in de uitoefening van het recht vereist dan niet alleen dat hiermee een wettig doel wordt nagestreefd. Er is eveneens schending van het non-discriminatieprincipe wanneer duidelijk vaststaat dat de aangewende middelen redelijkerwijs niet evenredig zijn aan het beoogde doel.³²

Wanneer het huiswerk dan moet worden herschreven, kan wellicht nuttig een beroep worden gedaan op de evaluatie van de vormingscyclus «Hoe hoor ik kinderen» voor magistraten, die op initiatief van de werkgroep artikel 12 binnen het onderzoekscentrum Kind en Samenleving en gesubsidiëerd door het Ministerie van Justitie, in alle gerechtelijke arrondissementen van het Vlaamse landsgedeelte van november 1994 tot en met oktober 1995 met interesse wordt gevolgd.

Aangezien niet kan worden teruggekomen op het principe van het hoorrecht, dat in het onderschreven internationaal verdrag is vervat, moet de wetgever, na een grondiger evaluatie, dit recht zien te verzoenen met een zo humaan mogelijke uitvoeringspraktijk.³³

Hoorrecht bestaat naar mijn oordeel slechts effectief, wanneer hieraan een *veralgemeende oproepingsplicht voorafgaat*.³⁴

Het kind dat de rechter zelf vraagt om gehoord te worden of door hem ambtshalve wordt geroepen, voelt zich de sleutel van de onenigheid tussen zijn ouders. Wanneer echter alle kinderen op gelijke wijze door de wet verplicht opgeroepen worden (zonder dat hieruit de plicht vloeit te moeten spreken), dan wordt alles gededramatiseerd en worden het bezwaar van de beïnvloeding, de spanning van het loyaliteitsconflict, voorwerp van terughoudendheid en scepsis bij scheidingsbemiddelaars, psychologen-systeemtherapeuten,³⁵ tot hun reële proporties gereduceerd.

De drempelverlaging van de oproepingsplicht geeft meer ademruimte aan het recht.

Aangezien het niet evident is dat het kind van de inleiding van een gerechtelijke procedure, die het aanbelangt, op de

hoogte wordt gebracht, dreigt het zijn recht bovendien eenvoudigweg te verspelen.³⁶

Hoorrecht bestaat tenslotte slechts effectief, wanneer de *waarborg* wordt verleend dat *passend belang* wordt gehecht aan de mening van het gehoorde kind, want anders is artikel 12 I.V.R.K. niets meer dan een gewetensussend snoepje of verwordt het tot een noodgedwongen formaliteit. Noch artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek, noch artikel 56bis van de Jeugdwet bevatten enige verwijzing naar deze essentiële waarborg die nochtans in het eerste lid van artikel 12 I.V.R.K. vermeld staat.

Ruim voorbarig schreef Jacques De Gavre dus: «C'est pour couper court à toute discussion à cet égard que le législateur de 1994 a *fidèlement*» (sic) «transposé en droit interne (art. 931, C.jud.) les dispositions en cause de la Convention de New York, assurant à celle-ci une 'lisibilité, une clarté en une sécurité juridique plus grandes'». ³⁷

Een volgende keer heeft België waarschijnlijk meer te melden in het vijfjaarlijkse rapport over de implementatie van het I.V.R.K., waartoe het zich verdragsrechtelijk tegenover de Verenigde Naties verbond ... ³⁸

6. In de erfenis van de, na de bijzondere wetten van 8 augustus 1980 en 8 augustus 1988 tot hervorming van de instellingen, ontbonden wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming ³⁹ zit nog meer wat onbehagen wekt bij de practicus van het recht.

Al moet men blijven hopen dat daadwerkelijke preventie de voedingsbodem voor *kindermishandeling* en *incest* drooglegt door, onder meer, voor een minder frustrerend, derhalve minder stresserend sociaal klimaat, een minder op macht en ongelijkheid afgestemde, en derhalve minder agressiebevorderende concurrentiële wereld te zorgen.⁴⁰

Soms moeten het gerecht en de hulpverlening noodgedwongen toestanden aanpakken die hun tussenkomst als symptoombestrijder rechtvaardigen.

Van dit onvermijdelijk optreden mag dan wel verwacht worden dat het simultaan, geïntegreerd, humaan, inhoudelijk zinvol en efficiënt gebeurt. Niets is dezer dagen minder evident.

Sinds 27 september 1994 ⁴¹ heeft de jeugdmagistraat, – en meer in het bijzonder de parketmagistraat belast met jeugdzaken in de Vlaamse Gemeenschap –, zijn scharnierrol ⁴² in de benadering van tegelijk (meestal ouder-)dader en kindslachtoffer bij kindermishandeling en incest verloren zien gaan.

Vanaf die datum zijn de artikelen 22 en volgende van de gecoördineerde decreten inzake bijzondere jeugdbijstand in werking getreden. Dit heeft als bijzonder gevolg dat de

³⁶ H. CASMAN, *Wijzigingen in de procedure van echtscheiding door onderlinge toestemming*, Mys & Breesch, 1994, 33, nr. 38.

³⁷ J. DE GAVRE, «La loi du 30 juin 1994 ...», *J.T.*, 1994, 581 (nr. 54).

³⁸ Artikel 44.1b I.V.R.K.

³⁹ C. MAES, «Boedelverdeling en wantrouwen na de moord op een wet», *Panopticon*, 1992, 323.

⁴⁰ Vgl. K. LORENZ, *Die acht Todsünden der zivilisierten Menschheit*, München 1973, hoofdstuk IV.

⁴¹ Besl. VI. Regering, 20 juli 1994, *B.S.*, 17 augustus 1994.

⁴² Centrale rol, die hem niet betwistbaar leek en waarvan hij zich terdege bewust was, luidens een onderzoek in 1984 verricht door het Centrum voor de Rechten van het Kind (Univ. Gent): Cahier 1, G. DE BOCK, E. VERHELLEN en F. SPIESSCHAERT, *Kindermishandeling*, Gent 1985.

³² Arbitragehof, arrest nr. 21/89 van 13 juli 1989, *B.S.*, 21 juli 1989; Cass., 5 oktober 1990, *R.W.*, 1990-91, 328; E.H.R.M., 23 juli 1968, *R.W.*, 1968-69, 1 t/m 90.

³³ De toepassing van artikel 2.1 §12 I.V.R.K. mag bv. niet leiden tot psychische kindermishandeling die artikel 19 I.V.R.K. wil bestrijden.

³⁴ C. MAES, «Rechten van het Kind, Belang(en)-rijk», *o.c.*, 395, nr. 26, en 396, nr. 27.

³⁵ *De Morgen*, 1 oktober 1994, «Hoorrecht plaatst het kind midden in het konflikt»; *Weekend-Knack*, 5 oktober 1994, «Scheiden met fatsoen».

jeugdrechtbanken nog slechts bij uitzondering kennis kunnen nemen van problematische opvoedingssituaties, die insiders voorheen 36.2 of «kind in gevaar»-gevallen noemden.

Het openbaar ministerie kan de jeugdrechtbanken bij problematische opvoedingssituaties in principe niet meer adïëren, tenzij wanneer het een afdwingbare pedagogische maatregel noodzakelijk acht, nadat de zaak hem door de bemiddelingscommissie voor bijzondere jeugdbijstand⁴³ is doorverwezen en tenzij wanneer het zo een maatregel dringend acht, na te hebben aangetoond dat onmiddellijke bijstand -en hulpverlening op vrijwillige basis niet mogelijk zijn en dat (tevens) de (fysieke en psychische) integriteit van de persoon van de minderjarige gevaar loopt.

Niet zozeer de, trouwens gegronde, achterliggende gedachtengang dat hulp en dwang (hier uitgeoefend door een gerechtelijk optreden) vaak onverzoenbaar zijn in hun midelen en finaliteit, stemt de magistraten tot nadenken.

Wel, het uit de decreten leesbare wantrouwen in hun appreciatievermogen van het adequate optreden ter bescherming van de minderjarige, zowel in intensiteit als in duur, wanneer *eenmaal dit optreden dan toch*, zij het terecht subsidiair, *door de decretale wetgever noodzakelijk wordt geacht*. Zo staat, in geval van rechtstreekse dringende kennisneming, de jeugdrechter een niet-aanpasbaar, gereduceerd gamma aan maatregelen ter beschikking, waarvan sommige onbruikbaar zijn door ondoordachte preliminaire voorwaarden die voor hun toepassing zijn gesteld. Hun tijdsduur wordt bovendien bepaald door het al dan niet bepaalde succes bij de pogingen van de jeugdbijstandsstructuren om de actoren van een (ernstige) problematische opvoedingssituatie tot vrijwilligheid te bewegen. De rechterlijke beslissing houdt na 45 dagen van rechtswege⁴⁴ op te bestaan door het eenvoudig bericht van de jeugdbijstandsstructuren dat vrijwilligheid werd bereikt, maar onder meer ook door de discretionaire beslissing van de bemiddelingscommissie dat hulp en bijstand overbodig is. Administratieve organen beslissen derhalve over het lot van de rechterlijke beslissing nog vóór die, het gebrek aan tegenspraak en beroep niet te na gesproken, de kans krijgt door de rechter zelf te worden ingetrokken.

Voor de magistraten vretende gefrustreerden die deze decretale bepalingen inspireerden en blijkbaar vooral behept waren met revanchistische communautaire gevoelens tegenover wat nog tot de federale bevoegdheid behoort,⁴⁵ konden de jeugdrechters nog juist gereduceerd worden tot wat ik elders reeds noemde: «getolereerde conciërges, te misbruiken machtsuitoefenende nachtwinkels voor de momenten waarop de welzijnsdiensten slapen, op week-end zijn of vakantie houden».⁴⁶

Het gebrek aan organisatie van permanenties binnen de jeugdbijstandsstructuren dreigt de invulling van de «onmogelijkheid tot onmiddellijke bijstand- en hulpverlening op

vrijwillige basis» van artikel 22, 2°, van de gecoördineerde decreten immers te zullen beheersen. Daarbij komt dat onmiddellijk na kennisneming door de rechtbank de sociale dienst van de Vlaamse Gemeenschap bij deze jeugdrechtbank decretaal uitvalt ...

7. Al het voorgaande toegepast op de, per definitie, acute gevallen van kindermishandeling of incest, situaties die de decretale wetgever toch nog deden inzien dat snelle beveiliging van slachtoffers, als eerste hulp bij dikwijls obstinaat verantwoordelijkheidontkennende daders, door een rechterlijk dwangoptreden mogelijk moest blijven,⁴⁷ geeft aanleiding tot het volgende irrealistische zo niet inefficiënte optreden.

Wanneer ouders-mishandelaars bijvoorbeeld weigeren hun kind voor verzorging en/of observatie te laten opnemen in een kliniek, *sluit* artikel 27, § 1, 2°, van de gecoördineerde decreten, door de veelal nooit vervulde voorwaarde zonder welke geen maatregel bedoeld in artikel 23, § 1, 10° (toevertrouwen aan een betrouwbaar persoon of gezin), 11° (aan een geschikte open inrichting) en 13° (aan een psychiatrische inrichting) mogelijk is, *een verplichte opname in een ziekenhuis* door de jeugdrechter uit.

Geen enkel artikel biedt ook de rechter de vrijheid heel snel in te spelen op onvoorziene situaties die de *overplaatsing* van een minderjarige gedurende de 45 dagen van artikel 27, § 2, kunnen noodzaken.

Denk maar even aan het geval van karakteriële incompatibiliteit met een pleegmoeder of seksuele handelingen door een pleegvader op een, na incest, aan een zogenaamd «betrouwbaar gezin» toevertrouwd meisje.

Waarom kan een mishandeld kind dat reeds na enkele dagen ontslagen wordt uit pediatrie, niet door de jeugdrechter overgeplaatst worden bij een liefhebbende oom en tante, terwijl vader en moeder er ondertussen niet toe bewogen kunnen worden door het comité voor bijzondere jeugdzorg noch door de bemiddelingscommissie voor bijzondere jeugdbijstand om in gezinstherapie te gaan?

8. Wordt de rol van de magistraat in zijn optreden ten aanzien van het kind-slachtoffer overduidelijk marginaal, hetzelfde mag worden gezegd wat de *dader* betreft.

Heel weinig mensen weten tot hoever het beroepsgeheim reikt.⁴⁸ De meesten, die de limieten ervan misvatten, verkieszen de weg van het minste risico en zwijgen. Weinig daders raken hierdoor bij het gerecht bekend.

Het weinig empathisch, meestal louter repressief, minstens rolverwarrend karakter⁴⁹ van de justitiële tussenkomsten ten opzichte van de daders die dan toch toevallig gemeld worden, verklaarde de neiging tot het plaatsen van bijkomende filters om het optreden van het gerecht in zaken van kindermishandeling en incest te beperken. De zinvolheid en de doeltreffendheid van de justitiële interventie binnen intrafamiliale context werd immers vaak betwijfeld.

Daarom voorzag de Franse Gemeenschap in haar decreet van 29 april 1985,⁵⁰ de Vlaamse Gemeenschap in haar de-

⁴³ Zetel, samenstelling, bevoegdheden, procedure: decreet inzake bijzondere jeugdbijstand, 27 juni 1985, hoofdstuk III, B.S., 5 juli 1986 en zijn uitvoeringsbesluiten van 20 juli 1988, 23 december 1988, 31 mei 1989, 10 oktober 1990 en 22 mei 1991.

⁴⁴ Vl. Raad, 5 februari 1990, St. 241 (1988-1989) nr. 2, amendement Vogels, 4, (verworpen); cf. Vl. Raad, 13 maart 1990, St. 241 (1988-1989) nr. 6, 26.

⁴⁵ Vl. Raad, *Hand.*, nr. 29 – 21 maart 1990, interpellatie Vogels, 1174.

⁴⁶ C. MAES, «Boedelverdeling en wantrouwen na de moord op een wet», o.c., 332.

⁴⁷ Vl. Raad, 28 juli 1989 – St. 241 (1988-1989) nrs. 1, 8 en 18.

⁴⁸ Zie circulaire R. nr. 44/93.

⁴⁹ *Kind en Geweld, Preventie, Bestrijding en Aanpak van Kindermishandeling binnen de Justitiële Kontekst*, verslag studiedag Gent, 9 december 1983, Antwerpen 1984, 89.

⁵⁰ B.S., 12 juni 1985.

creet van 8 juli 1987⁵¹ in de mogelijkheid tot oprichting en subsidiëring van vertrouwensartsencentra, naargelang centra «SOS Enfants» of centra «Kind in Nood» genoemd.

Het baart dus geen verwondering dat nog slechts heel weinig feiten van mishandeling of incest ter kennis worden gebracht van het gerecht en er hun afhandeling kennen.

Het heeft in wezen te maken met de volgende vaststelling: de Gemeenschappen, die de gepersonaliseerde materies van gezin, welzijn en volksgezondheid onder hun bevoegdheid hebben, voeren een *volkomen ander discours* dan de federale regering.

De federale regering blijft nog steeds met meer nadruk het accent leggen op de bewijsgaring, zonder welke de dader van de feiten nooit zal kunnen worden ontmaskerd en consequent gestraft. Iedereen herinnert zich in deze context het in juni 1990 breed verspreide informatiedossier Set Sexuele Agressie door gezamenlijk de staatssecretaris voor Maatschappelijke Emancipatie en de minister van Justitie. Meer recent, artikel 1 van de wet van 13 april 1995⁵² betreffende seksueel misbruik ten aanzien van minderjarigen dat een nieuw artikel 21bis in de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering invoert, waardoor de verjaringstermijn van de strafdading in de gevallen bedoeld bij de artikelen 372, 373, 375, 379, 380 en 380bis van het Strafwetboek, pas begint te lopen vanaf de dag waarop het slachtoffer de leeftijd van achttien jaar bereikt. In de memorie van toelichting⁵³ wordt als compensatie voor de nadelen aan deze verlenging van de verjaringstermijn verbonden⁵⁴ opnieuw teruggerepen op de notie: functionele waarde van de straf.⁵⁵

Ik vond die uiteenlopende benadering nog het best verwoord in een door Christine Hallett aangehaalde vergelijking⁵⁶ (vrij vertaald): «Leg de waardensystemen van de medewerkers van de justitie en die van therapeutisch personeel naast elkaar. Je zult merken hoe de eersten liever het risico aanvaarden van valse loochening van mishandeling of incest en zich strenge maatstaven opleggen voor bewijs, alvorens mensen te stigmatiseren en tot behandeling te dwingen. De anderen treden, zelfs met valse zekerheden geconfronteerd, op en bieden overbehandeling liever dan de situatie te veronachtzamen.»⁵⁷

⁵¹ B.S., 15 januari 1988.

⁵² B.S., 25 april 1995.

⁵³ *Gedr. St., Senaat*, 1994-95, nr. 1348/1, 2.

⁵⁴ Waaronder (jawel) de bewijsgaring en de rechtszekerheid van de redelijke termijn voor de afhandeling in rechte van artikel 6, lid 1, E.V.R.M. (dit laatste irrelevant luidens de ministeriële circulaire van 17 mei 1995 sub B en advies R.v.S., *Gedr. St., Senaat*, 1994-95, nr. 1348/1, 11 en de voetnoten 1 en 2).

⁵⁵ Bondig: door de maatschappij wordt erkend dat een weerloos persoon onrecht is aangedaan, het slachtoffer herwint zijn zelfrespect en kan voor de rechtbank zijn ervaring beter analyseren, de strafdading maakt een symbolisch einde aan het taboe, de algemene en individuele preventieve (afschrikkings)uitwerking van de vordering speelt.

⁵⁶ Chr. HALLETT, «Working together in Child Protection», in *Child Abuse and Child Abusers*, Waterhouse (red.), 1993, 139.

⁵⁷ J. GIOVANNONI en R. BECERRA, *Defining Child Abuse*, New York Free Press 1979: «Giovannoni and Becerra contrast the value systems employed by legal/criminal justice personnel on the one hand and therapeutic personnel on the other, suggesting that the former would rather risk false negatives and set high standards of proof before stigmatising people and imposing treatment, whereas the latter

Dat de magistraat in zijn logica van bewijsgaring en bewijsduiding met het oog op de correcte kwalificatie van strafbare feiten en strafwettoepassing de klinische «intuïtie» van artsen en sociale werkers dat iets met een gezin misgaat,⁵⁸ onvoldoende acht om te interveniëren, heeft dan weer vooral te maken met de noodgedwongen vrijheidsbeperkende gevolgen van zijn interventie.

Terwijl gemeenschappen en federale overheid in hun decreten, wetten en richtlijnen dus tegelijk koud en warm blazen, wordt wel uit het oog verloren dat een *justitieel optreden ten opzichte van een dader een onvermijdelijk* gegeven zal blijven, tenzij men de problematiek volkomen decriminaliseert. Tenzij men de weg van de rechtstreekse aangifte of klacht bij de politiediensten, bij de parketmagistraten, de ambtshalve vaststelling uit de strafdading (artt. 29, 30, 32, Sv.) haalt⁵⁹ en men de plicht van hulp en solidariteit uit het strafrecht (art. 422bis Sw.) weert.⁶⁰

9. Nu was in bepaalde parketten van het ambtsgebied wel reeds langer het inzicht gegroeid dat inzake kindermishandeling en incest een *genuanceerde* aanpak, *constructief sanctionerend* naar de dader (V.O.V., probatievoorwaarden vóór de onderzoeksgerechten of ten gronde), emancipatorisch of protectioneel naar het slachtoffer, waar mogelijk en op termijn meer lonend is dan wat de nieuwe realisten zich met de goede oude repressie voorstellen om *deze* criminaliteit onder controle te houden.⁶¹ Dit veronderstelt evenwel *volgende informatiedoorstroming*, zodat het openbaar ministerie, met kennis van alle gegevens van het gezinsdrama, gepast tegenover zowel dader als kind-slachtoffer kan voordere.

Sinds artikel 4, 2°, van de gecoördineerde decreten de comités voor bijzondere jeugdzorg laconiek opdraagt enkel aan de magistraten belast met jeugdzaken «desgevraagd mede te delen of bijstand en hulp werden aangevat, nog worden voortgezet of werden voltooid», is het openbaar ministerie nog maar eens een middel kwijt om ruim ingelicht en gepast tegenover de dader op te treden.

In de Vlaamse Gemeenschap heeft de decretale wetgever dus hoegenaamd geen oog gehad voor wat F. Hutsebaut terecht als idealen vooropstelde: «een harmoniemodel waarin hulpverlening en justitie met wederzijds respect voor elkaars bevoegdheden, competentie en verantwoordelijkheid, meewerken aan de meest gepaste oplossingsstrategieën, een geïntegreerd sociaal model, waarin ze niet (meer) in conflicterende posities tegenover elkaar staan, maar in een ge-

would prefer false positives and offer overtreatment rather than neglect.»

⁵⁸ C. MARNEFFE citeert E.H. NEWBERGER en R. BROWNE, «The medicalization and legalization of child abuse», *American Journal of Orthopsychiatry*, 48 (4), 593-607, 1978.

⁵⁹ S. BRAHY, *Dénonciation officielle et dénonciation civique*, ope-ningsrede Luik, 1 september 1978.

⁶⁰ J. DU JARDIN, «La jurisprudence et l'abstention de porter secours», *R.D.P.*, 1993, 955; juist om aan een verhoogd verantwoordelijkheidsgevoel van de volwassene ten aanzien van kinderen te appelleren werd onlangs, door de wet van 13 april 1995 betreffende seksueel misbruik t.a.v. minderjarigen, de strafmaat verzwaaard.

⁶¹ R. STEELANDT, «Misdad en boete», *R.W.*, 1981-82, 1378; G. MICHEL, «Het debat 'straffen of helpen', op oude en nieuwe paden», *Panopticon*, 1982, 1; Chr. ELIAERTS, «Het nieuw realisme in het strafrecht en de criminele politiek», *Panopticon*, 1984, 1.

coördineerde actie gezamenlijk aan de weg timmeren» (cit.).⁶²

Aan die weg werken nochtans, binnen ons ressort, reeds vijf jaar, parketmagistraten, leden van de comités voor bijzondere jeugdzorg en van de bemiddelingscommissie, voorzitters en artsen van de centra Kind in Nood, provinciale coördinatrices van geweld tegen vrouwen, leden van de gerechtelijke politie, rijkswacht en stedelijke politie, academische observatoren binnen de *halfjaarlijkse vergaderende overleggroep Beatrijs Van Houdenhove*.⁶³ Door het structurele van de samenkomsten leren ze elkanders mogelijkheden en beperktheden appreciëren, winnen ze aan deskundigheid door hun confrontatie met experts uit de verscheidene betrokken disciplines. Door de continuïteit van het initiatief houden ze ook de aandacht voor de problematiek gaande. Dat is niet zonder belang. Omdat we vaststelden dat de pijnlijke confrontatie van de mens met de vertrappling van zijn eigen nageslacht iets is, dat slechts chronisch het licht mag zien wanneer een plotselinge concrete actualiteit het uit de verdringing naar een collectief onderbewustzijn licht om er daarna zo spoedig als het kan weer naar te verdwijnen.

Zeër concreet ontsproten uit de activiteit van deze overleggroep enerzijds een circulaire van ons ambt die de ingewikkeldheid van het *medisch beroepsgeheim demystificeerde*, anderzijds een op de dagelijkse praktijk afgestemd *feedback-formulier*, waardoor de verwijzende instantie informeel op de hoogte kan blijven van de voor de «zaak» geleverde inspanningen en van de getroffen maatregelen.

Meer abstract is het tot alle geleidingen van de overleggroep doorgedrongen dat men, teneinde op meer efficiënte basis de kindermishandeling aan te pakken, voor ogen moet houden dat *niemand de problematiek voor zich alleen kan op-eisen* terwijl de *gerechtelijke interventie tegenover de dader een normbevestigende functie heeft welke het welslagen van een bredere maatschappelijke en medische interventie niet in de weg mag staan, maar ze dient te ondersteunen*.⁶⁴

10. In de aanloop naar die normbevestiging, waarbij de magistraat niet naast bewijsvoering van het de verdachte ten laste gelegde kan, mag nochtans de *centrale positie* van het *zeer kwetsbare kind-slachtoffer* nooit vergeten worden.⁶⁵

Al was bijvoorbeeld een Gents onderzoeksrechter niet bevoegd om op de vordering van de procureur des Konings strekkende tot het bevelen van een onderzoek aan het lichaam op een zesjarig manueel verkracht meisje een strijdige beschikking te verlenen, zijn verwijzing naar de artikelen 3.1, 16.1 en 39 I.V.R.K. was in ieder geval nieuw en legde de

belangen van de samenleving en die van een reeds voldoende gekweld kind overduidelijk in balans.⁶⁶

Dezelfde bezorgdheid voor bescherming van het kindslachtoffer tegen een verdere, ditmaal institutionele mishandeling, vinden we terug in de besprekingen in Kamer en Senaat van wat uiteindelijk de wet van 4 juli 1989 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf verkrachting zou worden.⁶⁷

De indieners van het wetsvoorstel streefden er toen naar de voor de slachtoffers eventueel vernederende,⁶⁸ traumatiserende⁶⁹ ervaringen in de rechtspleging tot bestraffing van verkrachting evenals de stigmata van de onvermijdelijke voyeuristische mediativering⁷⁰ zoveel mogelijk te voorkomen.

Of de recente wet van 13 april 1995 betreffende seksueel misbruik ten aanzien van minderjarigen⁷¹ de druk van de bewijslast en van het media-carrousel zal temperen door de debatten over verkrachting van een minder dan tien jaar oud kind uit de assisenzalen te weren, is zeer de vraag.

Een stap vooruit is de door het nieuwe artikel 91 van het Wetboek van Strafvordering aan de minderjarige geboden mogelijkheid zich, vanaf het eerste verhoor door politiediensten, te laten begeleiden door een persoon van zijn keuze.

In een bij deze wet te lezen circulaire van de minister van Justitie van 17 mei 1995 wordt ook verzocht de traumatiserende verhoren van de jonge slachtoffers tot een strikt minimum te beperken. Niet onbelangrijk is het ten slotte te weten dat in de Oostvlaamse Politieacademie sedert maart 1992 een speciale training loopt voor politiemensen, ondervragers van kinderen en volwassenen, slachtoffers van fysiek en seksueel geweld.

11. Reeds jaren hoor ik uit alle monden dat overleg en dialoog tussen het medisch-psycho-sociaal model en het juridische, met wederzijds respect voor elkaars beroepsernst en bevoegdheden, onontbeerlijk zijn met het oog op een efficiënte, constructieve en humane benadering van kindermishandeling, verwaarlozing en incest.⁷²

Behalve decreten waarin justitie een touring-wegenhulp-functie krijgt toebedeeld, waarin een gegevensstop wordt ingebouwd waardoor een genuanceerde strafvordering ten aanzien van de dader wordt bemoeilijkt, behalve disparate wetten en richtlijnen die weinig neigen tot intrafamiliale pacificatie en derhalve tot het centraal stellen van de belangen van het kind, behalve zovele elkaar overlappende, zovele naast, ook soms tegen elkaar strijdende welzijnsstructuren met even zovele bevoegdheden, heb ik nog maar weinig ge-

⁶² F. HUTSEBAUT, «Kindermishandeling en Justitie», in R. CLARA (red.), *Kindermishandeling en -verwaarlozing in Vlaanderen*, Acco, Leuven 1990, 151 (sub 5.1).

⁶³ Genoemd naar de op 2 december 1990 overleden eerste subtituut procureur des Konings te Gent, leidend magistraat van het parket bij de jeugdrechtsbank aldaar.

⁶⁴ Vgl. M.C. VISART DE BOCARME, «L'action préventive du Ministère Public», *Handelingen van het colloquium Een eigentijds Openbaar Ministerie*, Brussel 7 en 8 oktober 1994, pers. B.S. Brussel, 39 (43 in fine).

⁶⁵ J.Y. HAYEZ en D. VANDERMEERSCH, «La parole de l'enfant face à celle de l'adulte: l'audition et la confrontation des mineurs d'âge victimes d'abus sexuels», *R.D.P.*, 1994, 52.

⁶⁶ Rb. Gent (O.R.), 5 november 1994, O.M. t/ L.R.; Gent (K.I.), 23 december 1994, O.M. t/ L.R.; op verslag van dezelfde onderzoeksrechter achtte de raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent het onderzoek aan het lichaam van een tweede slachtoffertje van dezelfde dader onredelijk; ook hier beval de kamer van inbeschuldigingstelling bij het Hof van Beroep te Gent, na hoger beroep van het openbaar ministerie, dat het onderzoek moest doorgaan; Gent (K.I.) 31 maart 1995, O.M. t/ L.R.

⁶⁷ B.S., 18 juli 1989.

⁶⁸ *Gedr. St., Kamer*, 1981-82, nr. 166/8, 5.

⁶⁹ *Parl. Hand., Kamer*, 1 juli 1982, 2253 (Smet).

⁷⁰ *Parl. Hand., Kamer* 1 juli 1982, 2253 (Smet).

⁷¹ *Gedr. St., Senaat*, 1981-82, nr. 306/2, 3.

⁷² B.S., 25 april 1995.

⁷² R. CLARA, «Enfants victimes de services ou de négligences ...», *R.D.P.*, 1991, 109, sub 3.4.

merkt van *structureel gecoördineerd overleg*, laat staan van systeem, van beleid. Bij de «voortzetting van de strijd tegen ... de kindermishandeling», zoals ze in het regeerakkoord werd aangekondigd, zal scherp toegezien moeten worden op de verwezenlijking van deze prioriteit.⁷³

12. Naar mijn oordeel moeten eerst de littekens, nagelaten door de ingreep zonder verdoving, die de regionalisering van de jeugdbeschermingsmaterie heeft uitgevoerd, door de esthetische chirurgie van de decretale aanpassingen worden weggewerkt.

Weigerend mee te stappen in een wel eens door communautaire gezagdragers aangemoedigd gevoel van «nothing works» dus «wat wij zelf doen, doen wij beter» of in een logica van vereenvoudiging van problemen en vereenvoudiging van oplossingen waarop extreme denkbeelden stoelen, geef ik dan alle krediet aan positief kritische en creatief denkende mensen die zich, met open ramen en ruime geest, willen inzetten om gehavende bruggen te herstellen, verzameld rond de gedachte van Englantine Jebb:⁷⁴ «The international language in the world is a child's cry.»

Door een van die ramen, zuidelijk georiënteerd, kijken we bijvoorbeeld uit naar onze landgenoten. We stellen vast dat, met haar artikelen 39 (voorlopige plaatsingsmaatregel van 14 dagen, verlengbaar met 60 dagen) en 38 (maatregelen van gerechtelijke bescherming ten gronde) van het decreet «relatif à l'aide à la jeunesse» van 4 maart 1991, de Franse Gemeenschap met het oog op een geïntegreerde aanpak van de kindermishandeling een stuk meer armslag geeft aan de jeugdrechter.⁷⁵

Al moet men dan weer betreuren dat de neiging om kindermishandeling en incest te «judicialiseren» er nadrukkelijker aanwezig is dan hier. Artikel 57, tweede lid, van hun decreet bepaalt bijvoorbeeld dat de personen die hun medewerking verlenen aan de toepassing van dit decreet ertoe gehouden zijn de bevoegde overheden op de hoogte te brengen van een misdrijf bedoeld in de artikelen 398 tot 405 van het Strafwetboek gepleegd tegen de personen bedoeld in artikel 410 van ditzelfde wetboek. In de voorbereidende documenten wordt niet alleen aan de plicht van openbare ambtenaren, vervat in artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering, herinnerd, maar wordt er tevens op aangedrongen dat iedere persoon, ook al is hij met geen openbaar ambt bekleed en *ook al is hij door het beroepsgeheim gebonden*, ertoe gehouden zou zijn de overheid van de mishandeling op de hoogte te brengen. Alsof dit nog niet volstond, kwam een «avant-projet de décret relatif à la coordination de la lutte contre la maltraitance des enfants» (Lebrun-Onkelinx) aandringen opdat «travailleurs exerçant une responsabilité sociale ou éducative» mishandelingsituaties zouden meedelen aan de «conseiller de l'aide à la jeunesse» een persoon die, luidens artikel 32, § 2, van het decreet, hierover rechtstreeks de jeugdrechtbank kan informeren.

⁷³ Punt VI.1.h van het federaal regeerakkoord.

⁷⁴ 1876-1928, Britse; in 1919 oprichtster van het Save the Children Fund met voor ogen de kinderen van de eerste wereldoorlog; Save the Children nam het initiatief van de verklaring van Genève van 28 februari 1924, hierin gesteund door de Volkenbond.

⁷⁵ Voor een vlot overzicht van dit decreet: T. MOREAU, «La réforme de la loi du 8 avril 1965», *J.D.J.*, nr. 134, 9 november 1994, *B.S.*, 23 november 1994 (meer speciaal pp. 29022 t/m 29026).

De reacties bleven niet uit. Door de ingevoerde systematiek van de meldingsplicht vreesde men niet alleen elk gedreven verantwoordelijkheidsgevoel bij de psycho-sociale helpers te ontmoedigen. De enige werkbare therapeutische hefboom die op beterschap uitzicht biedt, namelijk: de vertrouwensrelatie tussen hulpzoekende en hulpbiedende, zou bovendien vernietigd worden.⁷⁶ Uiteindelijk achtte de Raad van State de Franse gemeenschap niet bevoegd om aan het beroepsgeheim, dat hierdoor geschonden kan worden, te raken, noch om de mededeling van de intiemste gegevens van het privé-leven te regelen en hij breidde zelfs zijdelings zijn negatief advies uit tot het reeds van kracht zijnde artikel 57, tweede lid, van het decreet van 4 maart 1991.⁷⁷

Dat de Raad van State aan gezag heeft ingeboet, toont de flagrante negatie aan van dit advies door de Duitstalige Gemeenschap.

Artikel 39, tweede lid, van haar op 26 april 1995 gepubliceerde decreet over jeugdbijstand⁷⁸ voorziet in een identieke bepaling als artikel 57, tweede lid, van het decreet van de Franse Gemeenschap uitgebreid tot incestsituaties. Wat meer is, gebrek aan melding stelt, luidens artikel 41 van het decreet van de Duitstalige Gemeenschap, bloot aan correctionele straffen.

Als aan de gemeenschappen de bevoegdheid wordt ontzegd de in deze materie te demystificeren hinderpaal van het beroepsgeheim te overschrijden, dan kan de federale overheid zich snel geroepen voelen.

Wellicht mogen we hopen dat dit, zoals het met het pas besproken voorontwerp van decreet van de Franse Gemeenschap het geval bleek te zijn, niet geschiedt zonder voorafgaande algemene consultatie van de belanghebbende kringen.⁷⁹

13. De federale overheid dient *ontraden* te worden een wet uit te werken die de personen vermeld in artikel 458 van het Strafwetboek, verplicht geheimen bekend te maken.

De wet zou totaal ongemoeid kunnen worden gelaten wanneer werk wordt gemaakt van deskundigheidsbevordering van de personen die de te revaloriseren bestaande structuren bemannen met geoptimaliseerde middelen.

Geen «bidule de plus»⁸⁰ tenzij als onmisbare brug tussen naast elkaar pratende ministeriële departementen – wier goedbedoelde inspanningen trouwens niet geloofchend kunnen worden – tenzij als onvermijdelijke ontmoetingsplaats tussen het federale en de gemeenschappen.

Persoonlijk acht ik het provinciaal niveau uitgelezen en trouwens beproefd om er een onafhankelijk college in te nestelen. De samenstelling van dit orgaan zou te vergelijken zijn met een met jeugdbijstandsstructuren en vertrouwensartsencentra aangevuld vijfhoeksoverleg. Het zou, voorgezeten door een magistraat, een prejudicieel adviserend, coördinerend, onder ede getuigenis opnemend, hoofdzakelijk kinderrechtenverdedigend permanent tribunaal worden.

⁷⁶ Reacties verzameld in het «document de travaux» verspreid door de V.Z.W. «Le Grès» Brussel, zoals op pp. 44, 49, 93 en 95.

⁷⁷ Advies van 26 oktober 1994.

⁷⁸ Decreet van 20 maart 1995, *B.S.*, 26 april 1995.

⁷⁹ M. HUYSMAN, Cons.-adj. à l'aide à la jeunesse Charleroi, *J.D.J.*, nr. 138, oktober 1994, 9.

⁸⁰ Voorstel van decreet tot oprichting van een Onderzoekscommissie betreffende kindermishandeling (10 november 1992) – toelichting Ph. MONFILS, doc. Conseil Com. Fr. nr. 68 (1992-1993), nr. 1.

Een filter waarop elk welbegrepen beroepsgeheim blijft kleven, maar waarlangs voor effectief en efficiënt handelen noodzakelijke adviezen kunnen doorstromen. Een adviserend provinciaal kinderrechtentribunaal, waar ook kinderen en personen terechtkunnen die ontgoocheld raken door de wijze waarop de vangnetten van justitie of welzijnszorg gespannen zijn. Klachtenrecht.

Binnen die provinciale structuren zouden vanzelfsprekend taak en bevoegdheid van een ieder duidelijk moeten worden afgelijnd, meldingscodes en communicatielijnen precies worden vastgelegd, «verboden» worden herzien, deontologische remmen opnieuw worden bekeken.

Het is maar één denkspoor, waarop weeral niet te hard en concurrentieel gelopen moet worden om de eerste, om de beste te zijn.

Het voorstel kan ongetwijfeld ter sprake worden gebracht op het Nationaal Forum Slachtofferbeleid.⁸¹ Het kan beoordeeld worden door een parlementaire onderzoekscommissie belast met de uitbouw van een structureel beleid ter bestrijding van allerlei vormen van seksuele uitbuiting van minderjarigen zoals door senator J. Herzet c.s. beoogd,⁸² maar, wat mij betreft, uitgebreid tot elke vorm van onheuse behandeling van het kind.

Het valt ontegenzeggelijk binnen de interessesfeer van de Dienst voor het Strafrechtelijk Beleid.⁸³

Men hoede er zich hoe dan ook voor te vervallen in het oud zeer: de verkokering en de overproductie van overheidsinitiatieven, die, al te zeer, concrete feiten en hun mediatisering achternasnellen om bressen in het politiek imago te voorkomen.

14. *De magistratuur verdient* – dat wou mijn bijdrage illustreren – *beter werkinstrumenten, de burger zorgvuldiger wetgevers.*

In hun ijver van vóór de verkiezingen, waarmee de werking van justitie op de korrel werd genomen, vergaten de politieke partijen gelukkig niet heel even de hand in eigen boezem te steken en de wettenaannemende parlementairen, die ze tenslotte leveren, de boodschap mee te geven iets te doen aan de duidelijkheid, de eenvoud, de logica, de samenhang, de begrijpelijkheid, de doorzichtigheid of nog aan de wetssoberheid, de wetsevaluatie, de wetscoördinatie, het wetsactueel, de rechtstaal en de codificatie van de wetten.⁸⁴

Journalist Pol Deltour vreest echter dat een «uitklaring» van de wetgeving een operatie van lange adem is die niet echt

⁸¹ Op 16 juni 1994 geïnstalleerd en voorgezeten door minister van Staat W. LEEMANS; *Parl. Hand., Kamer, com.*, 12 mei 1993, C 99-37, motie LANDUYT e.a. op interpellatie S. DE CLERCK tot de minister van Justitie.

⁸² Voorstel houdende instelling van een parlementaire onderzoekscommissie (21 oktober 1993), *Gedr. St., Senaat*, 1993-94, nr. 870/1.

⁸³ Artikel 3 K.B. 14 januari 1994, *B.S.*, 3 maart 1994.

electorale vonken zou slaan, zodat de korte-termijnpolitiek van branden blussen en tegelijk zoveel als kan scoren, even snel de hand terug uit de boezem zal doen halen.⁸⁵

Geen illusies dus over de in vorige openingsrede aangehaalde voorstellen van wet houdende instelling van een nationale commissie voor de coördinatie en de vereenvoudiging van de wetgeving.⁸⁶

Wetsevaluatie, stel ik vast, zou voortaan wel frequenter gaan gebeuren.⁸⁷ Het zou trouwens sowieso een onderdeel van het wetgevingsproces moeten zijn. Alleen is het zaak na te gaan wat de achterliggende reden is om een evaluatie te wensen. Wanneer men ze aankondigt, wordt meestal het politieke signaal gegeven⁸⁸ van onvolkomen consensus of ook van onvolledige of onvoldoende grondige preliminaire consultatie.

De ex-post-evaluatie naar de effecten van een wet heeft, al is ze toe te juichen, bovendien zelden een ingrijpende bijstelling van de bestaande regelgeving of uitvoeringspraktijk tot gevolg. En dat stemt opnieuw minder hoopvol.

Er moet derhalve meer aandacht worden besteed aan een wijze ex-ante-evaluatie.

Er moet weer aansluiting worden gezocht met het gebruik elk wetsontwerp of -voorstel aan het omstandig en beredeneerd advies te onderwerpen van al wie er, in zijn dagelijkse praktijk, gestalte aan zal moeten verlenen.

Veel luisterbereidheid, veel feeling.

Maar wellicht had u reeds lang begrepen dat hetgeen boven deze openingsrede prijkt als titel, meer is dan een dubbele bodem over hoorrecht van kinderen en de mishandelingen die deze zelfde mensen mogen ondergaan als ze niet aan eisen van volwassenen voldoen.

⁸⁴ SP: een noodplan voor justitie, p. 6 sub 2.2; VLD: congres justitie en veiligheid, Antwerpen 17-19 maart 1995, resolutie 2 en pp. 4 t/m 6 sub 1.2; CVP: Denkdag Justitie, veiligheid en waarden, Zemst Elewijt, 11 februari 1995, T. VAN PARYS, St.-Norbertus, Tongerlo, 1995, pp. 11-12 sub. 7.

⁸⁵ *De Morgen*, 20 mei 1995: «Liefde voor het land vereist klare wetten».

⁸⁶ N. BAUWENS, «Het beleid van het Openbaar Ministerie», o.c., 594; *Parl. Hand., Senaat*, 20 december 1994, 675, scepsis van de minister van Justitie n.a.v. de interpellatie van senator VAES; in onderdeel VI van het federaal regeerakkoord wordt dan weer de bevordering van overleg tussen de wetgevende macht en de rechterlijke orde met betrekking tot de vereenvoudiging van de wetgeving aangekondigd.

⁸⁷ Bv. *Parl. Hand., Senaat*, 14 juli 1993, 3747, i.v.m. de wet van 10 februari 1994 houdende regeling van een procedure voor de bemiddeling in strafzaken; artikel 90decies Sv., ingevoegd door artikel 3 wet 30 juni 1994 (afluisteren telecommunicatieberichten) *B.S.*, 24 januari 1995; artikel 12 wet 13 april 1995 houdende bepalingen tot bestrijding van de mensenhandel en van de kinderpornografie.

⁸⁸ Ph. EIJLANDER, *De politieke dimensie van wetgeving*, o.c., 61.

VERSTOTING - ECHTSCHIEDING IS MOEILIJK ERKENBAAR

1. Cassatie, 11 december 1995

Naar mijn weten hebben onze hoogste rechters nooit eerder een uitspraak gedaan over de erkenbaarheid in België van een buitenlandse (eenzijdige) verstoting waarbij een man aan zijn vrouw de ontbinding van hun huwelijk meldt. Het Hof van Cassatie heeft vroeger wel mildheid getoond wanneer in België geoordeeld wordt over buitenlandse gerechtelijke uitspraken in de materie van staat en bekwaamheid.¹ Het Hof relateert in dat geval onze internationale openbare orde.

Nu heeft het Hof van Cassatie beslist dat een bepaalde, in Marokko genoteerde, eenzijdige verstoting van een vrouw door haar man, voor ons in België *niet* met rechtsgeldige uitwerking erkend wordt en geen gevolg kan hebben.²

In het geval waren de twee echtgenoten Marokkanen toen de man op 12 november 1991 voor een Marokkaanse rechterlijke instantie van de verstoting akte liet nemen. Maar ze woonden toen alle twee in België, waar de man als gepensioneerde mijnwerker samen met zijn vrouw een overlevingspensioen ontving – «gehuwdenpensioen» – onder de bepalingen van het K.B. van 21 december 1967 aangaande het pensioen van loontrekkenden.

De vrouw werd niet opgeroepen of niet gehoord voor de betrokken rechters. Voor mij is het niet duidelijk of zij zelfs niet in België was gebleven. Tegenwoordig leeft zij wel in Marokko.

Sedert 1991 is het Pensioenfonds haar blijven beschouwen als gehuwde echtgenote van de pensioengerechtigde. Het fonds erkende de verstoting-echtscheiding niet vrijwillig (onder artikel 570 Ger.W.). De vrouw ontving en ontvangt daarom, sedert begin 1993 ook in haar buitenlands verblijf, de helft van het pensioen – omdat zij namelijk feitelijk gescheiden leeft van haar echtgenoot (die haar nochtans volgens hun personele wet verstoten heeft).

Het proces dat tot de cassatie-uitspraak aanleiding gaf, betreft een exequaturproces ingesteld door de man tegen het Pensioenfonds. Hij wou het fonds tot erkenning dwingen om de onzekerheid rond de status van de twee echtgenoten op te lossen en hij wou zelf meer pensioen krijgen. Ik noteer dat de zogenaamde «automatische» erkenning van vonnissen d.w.z. de a-priori-erkenning-zonder rechterlijk optreden onzekerheden introduceert.

2. Het arrest a quo

Het cassatiearrest vermeldt de bepalingen uit het vernietigde arrest van het Arbeidshof te Luik van 21 oktober 1994, dat een paar merkwaardige dicta bevat die klaarblijkelijk ons rechtsgevoel op essentiële punten storen.

Het bleek dat de vrouw in Marokko niet was opgeroepen en niet was gehoord. Dat was foutief genoeg.

Er werden daarbij in het Luikse arrest zeer algemene verklaringen afgelegd over echtscheidingsvormen in het algemeen; over hoe discriminerend voor de vrouw ons eigen nationaal recht recent nog was en zelfs hoe Belgisch recht een echtscheiding kent (op grond van langdurige feitelijke scheiding) die zweemt naar eenzijdigheid. In deze laatste echtscheidingsvorm zou beweerdelijk de verschijning van de vrouw ook geen enkel effect hebben. Het arbeidshof verwacht, wat dat betreft, het niet horen van een partij (recht van verdediging) met de onmogelijkheid voor een echtgenoot om op termijn de scheiding tegen haar zin nog te beletten. In België kan een echtgenoot (man of vrouw) de echtscheiding wegens langdurige feitelijke scheiding niet tegenhouden. Dat moest in de ogen van de raadsheren een Marokkaanse eenzijdige verstoting vergoelijken.

De merkwaardigste bedenkingen uit dat vernietigde arrest betreffen het internationaal privaatrecht. Onze eigen regels van openbare orde en van publiekrecht en de gelijkheid van de echtgenoten zouden volgens de Luikse raadsheren in het gedrang komen als wij de Marokkaanse verstoting in casu niet zouden erkennen: er zou dan verwarring ontstaan; er zouden onontwarbare situaties geschapen worden zegt het arbeidshof. Het internationaal privaatrecht moet voor de raadsheren juist een harmonieus samen bestaan van rechtssystemen bevorderen. Individuen moeten bij ons een status krijgen die de status uit den vreemde respecteert. Wij mogen niet een bepaalde vreemde rechtsorde ondergraven. En uit die grote principes leiden zij af dat wij een verstoting met een echtscheiding moeten gelijkstellen.

Hoewel daarin in sommige gevallen waarheid kan steken, moet hier gezegd worden dat die uitspraak verkeerd is zodra geen rekening gehouden wordt met wat concreet gebeurde en met wat de concrete omstandigheden waren.³

3. De grond van vernietiging

De beslissing van het hoogste hof strekt tot afwijzing van de erkenbaarheid en is gebaseerd op de schending van het recht van de verdediging.

Het Hof overweegt dat er in de verstoting een rechterlijke tussenkomst was in het buitenland en dat daarom artikel 570 Ger.W. de erkenning regelt. En zoals gezegd, citeert het Hof de vaststelling door de feitenrechters gedaan *betreffende de afwezigheid van oproeping en van verhoor* naar aanleiding van de «procedure» van verstoting. Het Hof laat daarom geen erkenning toe wegens de schending van art. 570, tweede lid, 2°, Ger.W. en vernietigt zo het Luikse arrest. Schending van het recht van verdediging levert namelijk een weigeringsgrond op.

Het cassatiearrest doet geen uitspraak over het eerste onderdeel van het tweede lid van art. 570 Ger.W. En nochtans vermeldt het middel (in het eerste onderdeel – het enige waarop geantwoord wordt) uitdrukkelijk dat eerste onder-

¹ Cass., 25 oktober 1979, *R.W.*, 1979-80, 1703, met noot J. ERAUW, «Duitse alimentatievorderingen en de openbare orde in België», *ibid.*, kol. 1729 e.v.

² Zie verderop in dit nummer: het arrest van 11 december 1995.

³ Daaraan mag toegevoegd worden dat men ook moet nazien welke de concrete juridische gevolgen zijn die in België gevraagd worden. Zie daarover G. VAN HECKE in zijn commentaar bij Hof Luik, 23 april 1970 *R.C.J.B.*, 1971, 10-11, en zie verder.

deel: de strijdigheid met de openbare orde en de regels van Belgisch publiekrecht. Het arrest a quo had het voornamelijk daarover. Er zijn dus zeker nog andere fundamentele vereisten voor vreemde vonnissen van staat en bekwaamheid; er zijn eventueel andere weigeringsgronden.

De weinige woorden van de cassatierechters vormen een belangrijke bouwsteen in de erkenningsleer van de (eenzijdige) verstoting. Het Hof, dat op de naleving van art. 570 Ger.W. toeziet, komt in erkenningszaken eigenlijk als een soort feitenrechter tot de uitbouw van een casuïstiek omdat het voor ons gezaghebbend de beoordeling doet over wat de (internationale) openbare orde van België is en wat het recht van verdediging inhoudt.⁴

Als informatieve omkadering van het arrest van 11 december 1995 geef ik hierna kort aan waar de erkenningsleer beschreven is (randnummer 4) en meer bepaald de stand aangaande de problematische acceptatie van verstotingen (randnummers 5 en 6). Ik ga dan nader in op de bilaterale afspraken met Marokko (randnummer 7). Daarna geef ik persoonlijke aanvulling en stel ik de vraag of de cassatierechtpraak nu een strenger onderzoek vergt en meebrengt (randnummer 8).

4. De erkenningsleer – De rol van de «openbare orde»

De erkenningsleer van buitenlandse vonnissen is onder-tussen welbekend.⁵

Een bijzonder aspect daarvan is de «*de plano*»-erkenning van beslissingen die de staat van personen betreffen.⁶

De leer van de inhoud en de uitwerking van het begrip «internationale openbare orde» is voor België eveneens in kaart gebracht. De beschrijvingen van auteurs leveren weinig verrassingen op; maar ze brengen ook geen doorbraak. Want het blijft natuurlijk de beschrijving van een evoluerend geheel dat telkens per concrete situatie onderzocht moet worden. En wegens het casuïstisch karakter van de rechterlijke ingrepen, krijgen we maar een verbrokken beeld.⁷

Die internationale openbare orde wordt aangevoerd om exceptie te maken tegen de toepassing van storende deelastpen van vreemd recht wanneer onze verwijzingsregels dat vreemd recht toepasselijk verklaren, en ze wordt aangevoerd

als weigeringsgrond in de context van erkenning van vreemde rechterlijke beslissingen (zoals in de hier besproken zaak).⁸ Als weigeringsgrond staat de strijdigheid met de internationale openbare orde inderdaad vermeld in het tweede lid van artikel 570 Ger.W. – en wel als eerste vereiste in de opsomming. De naleving van alle vereisten uit dat tweede lid is essentieel voor elke uitwerking van een vreemde uitspraak in België.⁹ En wij nemen aan dat het (processuele) recht van verdediging virtueel begrepen is in de daar bovenaan geplaatste toetsingsgrond van «openbare orde». Er is dus eigenlijk sprake van een soort procesrechtelijke openbare orde.¹⁰ Bovendien wordt in hetzelfde tweede lid van artikel 570 nog eens expliciet op de eerbiediging van het recht van verdediging gewezen (tweede lid, tweede vereiste).

5. Verstoting – Status quaestionis

Verstotingen die in België hebben plaatsgevonden, kunnen helemaal geen erkenning als echtscheiding krijgen in onze Belgische rechtsorde.¹¹ Dat geldt voor welke vorm ook, met of zonder tussenkomst van consulaire of religieuze ambtenaren. In België zijn alleen de gerechten gemachtigd om gedingbeslissende rechtspraak uit te oefenen (art. 144 Gecoörd. Gw.).

De verstotingen die in het buitenland hebben plaatsgevonden worden voorafgaand aan hun erkenning in België getoetst aan de internationale openbare orde (zie boven), met name aan het gelijkheidsbeginsel (niet-discriminatie van de vrouw) en aan de basisbeginselen van rechtspleging waarin het recht van verdediging begrepen is.¹²

Voor de categorie van buitenlandse vonnissen en dus de gevallen met een gerechtelijke inbreng (niet de huis-tuin-en-keuken-versies) blijven we aangaande de beoordeling onder

⁸ N. Watté maakt geen speciaal onderscheid. In de context van exequatur vinden we vaak grote terughoudendheid, wanneer de casus ten tijde van de vreemde beslissing geen binding had met België (ook niet bv. door de nationaliteit van de betrokken procespartijen).

⁹ Cass., 16 januari 1953, *Pas.*, 11953, I, 337: «règles dont le respect est considéré, par le législateur, comme essentiel pour la validité de tout jugement».

¹⁰ Zie J. ERAUW, *Beginnelsen*, gecit. 284; F. RIGAUX en M. FALLON, *o.c.*, II, 299; Hof Brussel, 30 juni 1981, *J.T.*, 1981, 653.

¹¹ J. ERAUW, *Beginnelsen*, gecit., 294; F. RIGAUX en M. FALLON, *o.c.*, II, 356; Vred. Sint-Gillis (Brussel), 23 maart 1981, *T.V.V.*, 1982, 363.

¹² Voor specifieke literatuur, zie J. ERAUW, *Beginnelsen*, gecit., 294; F. RIGAUX en M. FALLON, *o.c.*, II, 362-364; J. LENOBLE, «La répudiation en d.i.p. belge», *J.T.*, 1975, 279; J. ERAUW, «Het openbare - orde - begrip en de erkenningsleer m.b.t. buitenlandse echtscheidingen - Binnenkort verstoting tussen Belgische echtgenoten?», *R.W.*, 1976-77, 1985 e.v. (1995 - 2000); M. TAVERNIER, «La dissolution du mariage par volonté unilatérale dans les pays du Maghreb», *J.T.*, 1981, 354; G. ROMMEL, «De verstoting in het Belgisch recht», *R.W.*, 1982-83, 1982; J.-Y. CARLIER, «La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l'ordre public répudié», *J.T.*, 1985, 101; A. VAN MENSEL, «De houding van de Belgische rechters t.a.v. de echtscheiding door verstoting», *T.V.R.*, 1990, 8, en Franse versie in *R.D.E.*, 1990, 176; J.-Y. CARLIER, «Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance de divorces et répudiations intervenues à l'étranger», *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1991, 165; M.C. FOBLETS, «La femme marocaine et sa loi en Belgique», *R.D.E.*, 1991, 336; M. LIÉNARD-LIGNY, (red.), «La répudiation», in: *Les relations familiales internationales*, M. VERWILGHEN en R. DE VALKENNEER (red.), Brussel, E. Bruylant, 1993, 23-27.

⁴ Zie eveneens N. WATTÉ, «Quelques remarques sur la notion d'ordre public en droit international privé belge», noot onder Cass., 27 februari 1986, *R.C.J.B.*, 1990, 97.

⁵ Zie J. ERAUW, *Beginnelsen van internationaal privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1985, 273 e.v.; F. RIGAUX en M. FALLON, *Droit international privé, Tome II*, Brussel, Larcier, 1993, 228 e.v. en 359 e.v.; A. HEYVAERT, *Belgisch Internationaal privaatrecht – Een inleiding*, Gent, Mijs en Breesch, 1995, 32 e.v.

Voor de erkenning van echtscheidingsvonnissen uit den vreemde zijn enkel oudere exequaturverdragen van toepassing – met Frankrijk (1899), Nederland (1925), Duitsland (1958), Oostenrijk (1959), Zwitserland (1959) en Italië (1962). Een zeer specifiek verdrag regelt de grensoverschrijdende uitwerking van echtscheiding in de relaties met Roemenië (6 november 1980). Met Polen was in deze materie het verdrag van 17 december 1986 gesloten en de ratificatieprocedure loopt; zie *Parl. Hand. (Senaat)*, 570-2 (1992-1993).

⁶ Zie F. RIGAUX en M. FALLON, *o.c.*, II, 232-239, en de conclusie van proc.-gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH voorafgaand aan Cass., 27 maart 1973, *Pas.*, 1973, I, 726-742 en *J.T.*, 1973, 390-395.

⁷ Zie voornamelijk N. WATTÉ, *o.c.*, (noot onder Cass., 27 februari 1986), *R.C.J.B.*, 1990, 66-104. En zie A. HEYVAERT, *o.c.*, 11-18. Zie eveneens Cass., 10 mei 1990, *R.W.*, 1990-91, 1172.

artikel 570 Ger.W. verschillen vaststellen in de Belgische rechtspraak.¹³ Verstoting is niet *in se* onerkenbaar. Maar indien de vrouw niet haar verdediging heeft kunnen voordragen en indien zij concreet discriminatie onderging, kan er niet worden erkend.¹⁴ De rechtstoestand verschilt niet voor Marokkaanse *talak*-echtscheidingen die notarieel vastgesteld worden en die daarna door een rechter («adoul») gehomologeerd worden.¹⁵ Zelfs voor de doorwerking van een vreemde authentieke akte die verstoting vaststelt, zou overigens de verzoenbaarheid met onze internationale openbare orde verzekerd moeten zijn.

We moeten in concreto goed toezien op de aard van de oorspronkelijke vordering en op de gevolgde procedure. Er zijn aanzienlijke verschillen in het vreemde recht. Het staat vast dat de rechtbanken er soms toezicht op houden dat de man wel degelijk een grond voor echtscheiding heeft. En er zijn (bv. in Tunesië) ontwikkelingen naar consensualisme bij de echtgenoten en gelijkenissen met «onderlinge toestemming» – maar dan is de procedure klaarblijkelijk zuiver gerechtelijk, niet religieus.¹⁶

6. Circulaires

Sprekend over de verstotingen in het algemeen, geeft de ministeriële circulaire van 13 maart 1980¹⁷ op een voortreffelijke wijze de te volgen regels aan. Daarin wordt bijzondere aandacht gevraagd voor het recht van verdediging.

In aansluiting daarbij heeft de minister van Justitie in een circulaire van 30 april 1984 een fraai overzicht van de erkenningsleer gegeven.¹⁸

7. Speciaal Marokkaanse verstotingen

In België worden we geregeld met Marokkaanse verstotingen geconfronteerd. Er is al verduidelijking gezocht door het opstellen van een verdragsregeling.

¹³ Zie B. WYLLEMAN en J. ERAUW, «Echtscheiding», in: «Overzicht van rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht (1985-1992)», *T.P.R.*, 1993, 564-566.

¹⁴ Vred. Gent, 22 mei 1989, *T.V.R.*, 1989, aflevering 55, 52; Vred. Gent, 30 april 1990, *T.G.R.*, 1990, 94.

¹⁵ Het gaat met name niet op om hier onder het mom van erkenning van een authentieke akte een mildere controle te doen. *Contra*: Rb. Namen, 17 mei 1990, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1990, 431.

¹⁶ Zie J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Brussel, E. Bruylant, 1992, 157 e.v. voor diverse types, maar ook voor de vaststelling (p. 161) dat de wilsvrijheid in Algerije en Marokko er alleen voor de man is. De verstoting door overeenkomst («Khol») waarbij de vrouw de «don de consolation» krijgt, noemt hij een consensuele vorm, wegens de zgn. alimentatie. Maar een Marokkaanse juriste verwerpt dat als een bedrieglijke schijn van aandacht voor de vrouw: zie S. MERMISSI, «Quelques aspects de la codification du statut personnel Marocain», in J.-Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (red.), *Le statut personnel Musulman*, Brussel, E. Bruylant, 1992, 130-131.

¹⁷ «Omzendbrief tot wijziging van punten I en II van de omzendbrief van 27 juni 1978 betreffende sommige problemen inzake vreemdelingen», *B.S.*, 18 maart 1980 – zie J. ERAUW, *Bronnen van internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1991 (aanvulling 1994), 40.

¹⁸ «Omzendbrief betreffende de erkenning door de ambtenaren van de Burgerlijke Stand van vreemde beslissingen inzake de staat van personen», *B.S.*, 30 mei 1984 – zie J. ERAUW, *Bronnen*, gecit., 537.

Op 26 september 1979 werd een administratief akkoord gesloten tussen de executieven van België en Marokko.¹⁹ Daarin zou de verstoting, volgens artikel 4, in België erkenbaar zijn als zij tussen twee Marokkanen in Marokko tot stand was gekomen (nadruk is daarin gelegd op de *lex patriae communis*); maar bovendien was daarin sprake van de erkenning onder toepassing van de normale regelen – d.w.z. onder art. 570 Ger.W. Dat was wat dubbelzinnig. Bovendien kon het administratief akkoord bij gebrek aan ratificatie en publicatie geen kracht van wet krijgen – zelfs al bevestigde het in deze materie een gemeenrechtelijk beginsel.

In 1991 werd een verdrag gesloten met Marokko (dat echter niet bekrachtigd werd) aangaande huwelijken en echtscheidingen.²⁰ Daarin werd een bevoegdheidsregel voorgesteld²¹ met daaraan verbonden een exceptie van aanhangigheid. Er werd voor de toepasselijke wet een regeling vooropgesteld die speciaal is, in die zin o.m. dat er alleen een regel kwam voor Marokkaanse Belgische echtgenoten: bij gelijke nationaliteit geldt de nationale wet; bij gemengd huwelijk onder de respectieve onderdanen geldt woonplaats recht als ze in een verdragsstaat zouden wonen (artikelen 11 en 12). Het verdrag hield bovendien een wederzijdse erkenningsregeling van elkaars vonnissen in. Op het eerste gezicht lijkt voor Marokkaanse vonnissen van echtscheiding alleen de «openbare orde» van de ontvangststaat België de toetsingsgrond te zijn (artikel 16). Maar dan voegt artikel 19, dat speciaal slaat op onherroepelijke akten voor een «adoul» verleden en gehomologeerd in Marokko, daaraan toe dat de erkenning van rechtswege in België volgt (zoals voor echtscheidingsvonnissen) wanneer de twee partners Marokkanen zijn. Die bepaling blijft voor mij onduidelijk.

Maar ik verneem dat het verdrag van 1991 in de ijskast zal blijven.

Nu vonden we onlangs boeiende berichtgeving over de onderhandelingen met Marokko en over de gedachtengang bij de ambtenarij, in een artikel van Moulay Rchid, professor te Rabat.²² Deze man signaleert dat er ontevredenheid was bij

¹⁹ Zie de tekst in *J.T.*, 1980, p. 717 en in J. ERAUW, *Bronnen*, gecit. 534.

²⁰ Verdrag van 15 juli 1991 betreffende de toepasselijke wet op en de erkenning van huwelijken en hun ontbinding, zie de tekst in: J. ERAUW, *De Bronnen*, gecit., aanvulling van 1994; J. ERAUW en N. WATÉ, *Les Sources du d.i.p. belge et communautaire*, Brussel, E. Bruylant, 1993, 465.

²¹ Artikel 14 geeft het land bevoegdheid waar ofwel het gemeenschappelijk domicilie ligt ofwel waarvan de partners alle twee de nationaliteit bezitten. De tekst is gebaseerd op die van het Frans-Marokkaans verdrag 10 augustus 1981, die door Cass. (Fr), 6 juni 1990, *Rev. crit. d.i.p.*, 1991, 514, met noot van P. COURBE, zo wordt geïnterpreteerd dat twee Marokkanen slechts van de Marokkaanse bevoegdheid gebruik mogen maken zonder het oogmerk van fraude tegenover de normale gevolgen van een Frans vonnis.

²² A. MOULAY RCHID, «Le droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel», in J.-Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (red.), *Le statut personnel des Musulmans*, Brussel, E. Bruylant, 1992, 143 e.v. Hij vermeldt een protocol van 29 april 1981, te Rabat ondertekend, tot instelling van een gemengde consultatieve Belgisch-Marokkaanse commissie voor burgerlijke aangelegenheden (pp. 172-174). De aanbevelingen ervan liggen in processen-verbaal vast. Daarin bevestigden ambtenaren in oktober 1984 de gelding (sic) van het akkoord van 26 september 1979. En daaruit zou volgens hem de ministeriële circulaire nr. 969 van 30 oktober 1984 zijn voortgekomen.

Marokkanen over het negeren van Marokkaanse verstotingen door Belgische gerechten, in weerwil van artikel 4 van het akkoord van 1979.²³ Hij beweert dat vanuit de gemeenschappelijke commissie van ambtenaren een Belgische circulaire werd geïnspireerd (30 oktober 1984). Daar is een vergissing in het spel, want zo'n circulaire zou ertoe hebben moeten strekken in de gemeentelijke administratie van de burgerlijke stand een meer liberaal gebruik te propageren dat afwijkt van de gewraakte rechtbankenpraktijk en dus afwijkt van het recht.

Maar ik ken de circulaire niet en op de betrokken ministeries kent men ze evenmin.

8. Notities bij Cass., 11 december 1995

Boven zagen we hoe kort en hoe decisief het Hof van Cassatie de in casu plaatsgevonden eenzijdige verstoting elke erkenning heeft ontnomen.

Boven gaf ik de algemene context waarin de erkenning van een Marokkaanse verstoting zit.

Nu maak ik enkele specifieke bedenkingen in de marge van de korte «attendu» van het Hof van Cassatie.

a) Oproepen, gehoor geven en al de rest

De strijdigheid van de verstoting in kwestie met art. 570, tweede lid, 2°, Ger.W. is uitgesproken omdat de vrouw in de oorspronkelijke procedure noch opgeroepen noch gehoord werd. De rechtsgeldige en tijdige oproeping moet gecontroleerd worden volgens de regels die wij kennen uit de verdragen van 1961 (Den Haag) en van 29 september 1968 (EEX-Brussel) en die universeel aanvaard worden. Een moeilijker controlepost is te weten of de vrouw effectief gehoord werd.

Nu moeten we in een cassatiearrest niet méér lezen dan erin staat. Juist daarom wijs ik erop dat de termen van de overweging niet uitsluiten dat er alsnog schending van het recht van verdediging vaststelbaar zou zijn, mocht zij wel zijn opgeroepen maar niet gehoord zijn. En zelfs al mocht zij wél opgeroepen en wél gehoord zijn, kan er in beginsel weigering voorkomen. Ons toezicht en dus het nodige nazien stopt niet daar.

Een lijstje van essentiële punten van een waardig verweer kan er m.i. als volgt uitzien: of het rechtsgeding met een regelmatige akte van rechtsingang begon; of er in geval van verstek voldoende tijd voor de verdediging is geboden; of de partijen behoorlijk vertegenwoordigd werden; of de instructie op tegenspraak is gebeurd; of de rechter onpartijdig was; of er een open procedure was met een minimum aan formaliteit; of de rechtsvragen geëxpliciteerd werden met garanties voor tegenspraak; of er een kern is van objectief bewijsrecht.²⁴

Het vereiste van gelijke behandeling qua rechten en verplichtingen van individuen wordt uitdrukkelijk gesteld voor de procedure van ontbinding van het huwelijk in het zevende Protocol (art. 5) bij de Europese Conventie voor de Rechten van de Mens. Een lidstaat van dat verdrag moet die regel universeel toepassen tegenover iedereen.

Het gaat er niet om dat een vrouw de echtscheiding moet kunnen blokkeren, maar zij moet haar standpunt kenbaar kunnen maken in een verweer op feiten en in argumenten over het recht. Op haar bezwaren moet een gemotiveerde beslissing komen. De vrouw moet een tegeneis kunnen instellen en de regeling van de gevolgen van de ontbinding moet dat debat kunnen reflecteren.

De buitenlandse procedurele bescherming mag niet eenvoudig vormelijk zijn en slechts in schijn respect opbrengen voor de vrouw.²⁵ Er is al vastgesteld dat de vrouw soms aan het eind van de procedure gehoord wordt, waarbij zij voor een voldoende feit geplaagd wordt.²⁶

Er zijn mijns inziens sterke aanwijzingen dat buiten het seculiere echtscheidingsproces dat in sommige landen bestaat (bv. Tunesië), de in religieus recht voorkomende verstoting de vrouw helemaal niet het vereiste recht van verdediging biedt. Elke eenzijdige door de man uitgesproken verstoting draagt die verdenking. Een Marokkaanse vrouwelijke juriste zegt dat.²⁷

Ik meen dan ook dat voor de controlegrond van art. 570, tweede lid, 2°, Ger.W. de bewijslast ligt bij hem die beweert dat er een waardig proces op tegenspraak plaatsgevonden heeft.

b) Let op de materiële openbare orde

Tegen de toetsing betreffende het dagvaarden en het procesverloop leunen de elementen aan van de inhoudelijke beoordeling van de huwelijksbreuk. Art. 570 wil de openbare orde beveiligen (tweede lid, 1°).

Hier moeten we kritisch toekijken hoe de vrouw als gelijke van de man gerespecteerd wordt. Weer zijn er evidente problemen. Als een Algerijns vonnis zegt dat de vrouw niet voldoende luistert naar haar man en zich niet aan zijn gezag onderwerpt, dan spreken wij van een onvoldoende grond voor echtscheiding.²⁸

Uit de regeling betreffende de gevolgen van de echtscheiding kan de benarde positie van de vrouw blijken. Met name de zgn. verstoting door overeenkomst met schadeloosstelling voor de vrouw («Khal»), waarbij de vrouw om verstoting vraagt en de man de «don de consolation» («mouta») als een alimentatie geeft, zou vaak een pijnlijke zaak voor de vrouw zijn, die zij node moet aanvaarden.²⁹ De vaststelling van niet ernstige alimentatie moet weigering meebrengen, want exequatur moet in grote lijnen overeenstemmen met de echtscheidingen die in België uitgesproken worden. De exceptie van internationale openbare orde wordt namelijk in de prak-

²⁵ Zie P. COURBE in een noot onder Cass. Fr., 9 juni 1990, *Rev. crit. d.i.p.*, 1990, 602, die verwijst naar J. DEPREZ, in *Rec. Cours*, 1988, Bd. 211, 9 e.v. en 170 e.v.

²⁶ In Rb. Namen, 17 mei 1990, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1990, 431 en zie M. LIENARD-LIGNY, o.c., 25.

²⁷ S. MERMISSI, o.c., 130-131, zegt dat gerechtelijke (seculiere) echtscheiding weinig voorkomt en dat veruit de meeste scheidingen verstotingen zijn waarbij het niet realistisch is om van een proces te gewagen.

²⁸ Dat zien we in Hof Poitiers (Fr.), 24 juli 1980, *Clunet*, 1981, 567, met noot van C. LABRUSSE.

²⁹ J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté*, gecit. p. 157 ziet het te optimistisch. Hij stelt wel vast (p. 161) dat de gelijkheid van de vrouw er niet is; haar wil wordt niet gerespecteerd. Maar zie de waarschuwing bij S. MERMISSI, o.c., 131.

²³ Zie het geciteerde artikel, pp. 173-174.

²⁴ Zie J. ERAUW, «Het openbare-orde-begrip», gecit., *R. W.*, 1976-77, 1995 (1976).

tijk gehanteerd wanneer iemand nauwelijks alimentatie krijgt en een last voor ons O.C.M.W. dreigt te worden.

Er moet bij de exequaturcontrole op toegezien worden welke concrete gevolgen aan de verstoting verbonden zijn in de sfeer van verdeling van huwelijksgoederen en van regeling van de hoede over de kinderen. Ons erkenningsrecht laat toe dat een bepaald onderdeel van een vreemd vonnis hier geweigerd wordt, zelfs al is gunstig gevolg verleend aan een ander afscheidbaar onderdeel.

c) Instemmen uit onmacht en «postfactum»-gehoor

Soms wordt gezegd dat de instemming van de vrouw met de in het buitenland uitgesproken verstoting een voldoende grond is om het eventuele gebrek (door schending van haar rechten) goed te maken.

Dan treedt wellicht rechtsverwerking op. Rigaux en Fallon³⁰ maken ook enige plaats voor de «renonciation» van de zijde van de vrouw aan sommige gebreken van de rechtshandeling. We krijgen een verwerking van weigeringsgronden (bv. wanneer een partij zelf klagende partij was in het buitenland, mag zij hier niet protesteren over onbevoegdheid van de rechter van oorsprong). Dit laatste voorbeeld mag echter niet doen vergeten dat deelaspecten van een procedure die (in tegenstelling tot de relatieve competentie) niet ter beschikking van de partijen staan, niet kunnen worden bedongen of afgestaan.

Ik kan moeilijk aannemen dat de vrouw hier post-factum verantwoordelijkheid of controle krijgt, en ben meer geneigd om de geldigheid of niet-erkenbaarheid buiten de subjectieve beoordeling en buiten de macht van de partijen te plaatsen.³¹ Maar in de rechtspraak die voorafgaat aan dit nieuwe cassatiearrest kwamen zeker gevallen voor waarin een vrouw die verstoting onderging, zich daarmee goed voelt en waarbij zij zelf het voordeel van de scheiding opeist (zelfs al was zij oorspronkelijk in het buitenland noch opgeroepen noch gehoord).³² Die tendens moet nu achterwege blijven; nu wij zien dat de cassatierechter oordeelt dat de procesrechtelijke openbare orde in het gedrang is – en van rechtsverwerking op dat terrein geen sprake is. Dan is er immers schending van een element dat door het Hof van Cassatie als essentieel voor ieder vonnis wordt genoemd (zie boven).

d) Echtscheidingstoerisme is een vorm van fraude

De strengheid van de weigeringsgronden wordt gerelateerd aan de intensiteit van de banden van het concrete geval met onze rechtsorde. Als er een Belg bij verstoting is betrok-

ken, dan kan in beginsel eventueel erkend worden, maar zelden.³³

Als moslims in België wonen en naar hun vaderland trekken om te scheiden, mag er sprake zijn van fraude tegenover de normaal te verwachten toepassing van Belgisch recht voor Belgische rechters.³⁴

Het is zeker foutief een positieve benadering te volgen en een element van wilsautonomie (en dus van consensualisme) te vinden in het feit dat man en vrouw bv. naar Marokko gaan om er te scheiden.³⁵ Integendeel: het Hof van Cassatie heeft in de hier besproken zaak afgedaan met gevallen waar de man alleen afreist, en ik voeg eraan toe dat we sceptisch moeten zijn als de twee echtgenoten nog domicilie in België hadden op de dag van de scheiding.

Uit het prijsvoordeel voor de betrokkenen of wegens het gemak of de snelheid van «procederen» mogen we geen argument ten voordele van de erkenning aanvaarden. Als de partijen in het buitenland verbleven, zullen we nog een kans op erkenning geven. Het bestaan van de wet van 27 juni 1960 op de internationale echtscheiding (die om zo te zeggen altijd Belgisch recht doet toepassen voor echtscheiding in België) heeft als effect dat wij zelf minder kieskeurig zijn m.b.t. het recht dat vreemde rechters toepassen. Maar in de vereisten van art. 570, tweede lid, Ger.W. die wij controleren, zit met name een 3^o vereiste dat, ruim geïnterpreteerd, een soort controle is tegen wetsontduiking. Wanneer een partij de rechter van oorsprong adieerde op een niet voldoende gefundeerde rechtsgrond, kunnen wij erkenning weigeren.³⁶

In de Franse rechtspraak en rechtsleer wordt bijzonder veel belang gehecht aan het element van fraude door vakantie-echtscheidingen.³⁷ In die gevallen is argwaan gewettigd m.b.t. de sterkte van het dossier en de bewijslast zou streng moeten zijn. Als er geen band bestond met ons land, is de beoordeling soepel. Maar, zeggen Moneger en Audit, de theorie van verzachting van de openbare orde (wegens haar relatief karakter in functie van bindingen met ons land) mag slechts ingeroepen worden voor verstoting van vóór het tijdstip van vestiging in Frankrijk (resp. België). Concreet gezien is «forum shopping» naar een verstotingsland voorbestemd om te mislukken.

³³ Zie nochtans een geval van «ghet»-echtscheiding (voor de Joodse Rabbinaal rechtbank) tussen twee Belgen: Hof Brussel, 17 december 1974, *J.T.*, 1975, 279, en J. ERAUW, «Het openbare-ordebegrip», *gecit.*, 1985, e.v.

³⁴ Zie Rb. Brussel, 3 oktober 1989, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1990, 385 dat steunt op «fraus legis» en zie G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, 2e uitg., Brussel, Story Scientia, 1989, 85: bedrieglijke uitschakeling van de bevoegde wet zal volstaan om erkenning te weigeren.

³⁵ In die zin nochtans J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté*, *gecit.*, 350-351.

³⁶ J. ERAUW, *Beginnelsen*, *gecit.*, 283.

³⁷ Zie Cass. Fr., 6 juni 1990, *Dalloz*, 1990, 263, met noot B. AUDIT, en *Rev. cri. d.i.p.*, 1991, 593, met noot P. COURBE, dat een Marokkaanse verstoting afwees «wegens fraude au jugement français», en zie F. MONEGER, «Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français?», *Chunet*, 1992, 347 e.v. (348); H. GAUDEMET-TALLON in *Chunet*, 1990, 993, noot onder Hof Parijs, 15 juni 1990. Zie eveneens Hof Parijs, 15 maart 1990, *Dalloz*, 1990, 263, met noot van B. AUDIT – afwijzend wegens «rattachement prépondérant» met Frankrijk.

³⁰ *O.c.*, II, 230. De druk op de vrouw kan groot zijn. Zij kan de buitenlandse verstoting accepteren als noodoplossing en omdat ons recht hier niets beters aanbiedt. Door het proefschrift van J.-Y. CARLIER leren we een bedenkelijke praktijk kennen van het parket (minstens in Brussel) dat de vrouw adviseert dat ze zich het best neerlegt in haar eigen belang. Zie zijn *Autonomie de la volonté*, *gecit.* 351, en noot 943 (referte aan eerste subst. proc. des Konings F. Ballion en aan een publicatie in *J.J.P.*, 1989, 69).

Op grond van de circulaire van 2 april 1984 (*B.S.*, 17 april 1984) wordt voor elk van beide echtgenoten het woord «verstoting» op verblijfsdocumenten vermeld (zie de parlem. vraag nr. 403, daarover: *Vragen en Antwoorden – Senaat*, 1993-94, 4435).

³¹ Zie mijn *Beginnelsen*, *gecit.*, 294.

³² Zie B. WYLLEMAN, en J. ERAUW, *o.c.*, 566.

e) We mogen meer weigeren

De Belgische hoogste rechters refereren niet aan Frankrijk. Maar ik mag wel afsluitend zeggen dat daar een opvallende en leerrijke ontwikkeling gekomen is die van een heel liberale uitspraak in 1983 is uitgelopen op een strenge afwijzende houding van 1990: Het Hof te Versailles bv. is al bij voorbaat tegen verstotingen omdat de alimentatieregeling erin mank loopt.³⁸

De Franse rechtspraak vestigt zich stevig tegen het gedogen van Marokkaanse verstotingen wanneer de partijen in Frankrijk woonplaats hebben.

Een schoolmakend Frans cassatiearrest, van 6 juni 1990 (aangehaald) dat precies een Marokkaanse verstoting betrof, weigerde erkenning en doorwerking in Frankrijk op de ogenschijnlijk formele grond van gebrek aan oproeping van de vrouw en van schending van haar recht om haar «*prétentions et défenses*» naar voren te brengen.³⁹

Dat is precies wat thans in België is vastgesteld.

Daarop voortbouwend zegt meer dan één Franse auteur dat inderdaad het tij tegen de verstoting mocht keren: wegens haar eenzijdigheid is de verstoting fundamenteel niet-erkenbaar. De vrouw komt niet echt tussen in de procedure, zeggen ze, op een manier die strookt met het recht van verdediging.

De gevallen die overblijven als incidenties die wél voor erkenning in België in aanmerking komen, zijn die gevallen waarin de verstoting heeft plaatsgevonden op een tijdstip waarop de partijen geen band hadden met ons land en waarbij met name de vrouw wegens haar gewone verblijfplaats niet de procesrechtelijke bescherming genoot van een rechtsorde die de fundamentele rechten van verdediging en van gelijkheid voor het recht eerbiedigt. Het internationaal privaatrecht zorgt in zoverre voor harmonie op het vlak van grensoverschrijding van families dat er aanvaarding is van een andere maatschappij en van een afwijkend recht; dat er juridisch respect kan volgen voor een status die in de beslotenheid van die vreemde rechtssfeer volkomen verworven was.

J. ERAUW
Universiteit Gent

³⁸ Zie F. MONEGER, *o.c.*, 355.

³⁹ Zie F. MONEGER, *o.c.*, 353, die nog rechtspraak in dezelfde zin citeert uit 1982 en 1985.

RECHTSpraak

HOF VAN JUSTITIE

14 NOVEMBER 1995

Voorzitter: de h. Rodriguez Iglesias

Openbaar ministerie: de h. Elmer

Advocaten: mrs. Entringer en Rodesh

Europese Unie – Vrij verkeer van kapitaal – Vrij verkeer van diensten – Rentesubsidie op bouwleningen

De artt. 59 en 67 EG-Verdrag staan eraan in de weg dat een lidstaat de toekenning van een sociale steun voor huisvesting, inzonderheid een rentesubsidie, afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de leningen voor de financiering van de bouw, de aankoop of de verbetering van de gesubsidieerde woning aangegaan zijn bij een in die lidstaat erkende kredietinstelling, waarvoor vereist is dat die instelling aldaar gevestigd is.

Zaak C-484/93

1. Bij arrest van 28 december 1993, ingekomen bij het Hof op 30 december daaraanvolgend, heeft de Conseil d'Etat van Luxemburg krachtens artikel 177 EG-Verdrag een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van de bepalingen van dit Verdrag en in het bijzonder de artikelen 67 en 71 daarvan.

2. Deze vraag is gerezen in een geding tussen de echtgenoten Svensson-Gustavsson, wonende te Luxemburg, en de ministre du Logement et de l'Urbanisme (minister van Huisvesting en Stedebouw), die hen bij beschikking van 5 november 1992 rentesubsidie wegens kinderen ten laste had geweigerd met betrekking tot een lening voor de bouw van een woning te Bereldange die was aangegaan bij de te Luik (België) gevestigde Comptoir d'escompte de Belgique S.A.

3. Deze weigering is gebaseerd op artikel 1, sub 3, van de groothertogelijke verordening van 17 juni 1991 tot vaststelling van de bepalingen betreffende het recht op rentesubsidie voor de bouw, de aankoop of de verbetering van een woning. Volgens deze bepaling kan rentesubsidie enkel worden verleend aan personen die bij een in Luxemburg erkende kredietinstelling een lening hebben afgesloten. De Comptoir d'escompte de Belgique voldoet evenwel niet aan deze voorwaarde.

4. Tegen deze beschikking werd beroep ingesteld bij de Conseil d'Etat van Luxemburg. Na te hebben vastgesteld, dat de groothertogelijke verordening de grenzen van de wettelijke machtigingsgrondslag niet heeft overschreden, heeft de Conseil d'Etat besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vraag te stellen:

«Staat het EEG-Verdrag, met name de artikelen 67 en 71 daarvan, eraan in de weg, dat een Lid-Staat de toekenning van een sociale steun voor huisvesting, inzonderheid een rentesubsidie, afhankelijk stelt van de voorwaarde, dat de le-

ningen voor de financiering van de bouw, de aankoop of de verbetering van de gesubsidieerde woning bij een in die Lid-Staat erkende kredietinstelling zijn aangegaan?»

5. Volgens de rechtspraak van het Hof (zie, onder meer, arrest van 11 november 1981, zaak 203/80, Casati, Jurispr. 1981, blz. 2595, r.o. 8-13) kan artikel 67, lid 1, van het Verdrag niet tot gevolg hebben, dat de beperkingen met betrekking tot het kapitaalverkeer vanaf het einde van de overgangperiode zijn opgeheven. Deze opheffing gebeurt namelijk bij door de Raad krachtens artikel 69 vastgestelde richtlijnen.

6. De beperkingen met betrekking tot het kapitaalverkeer zijn opgeheven bij richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag (PB 1988, L 178, blz. 5), die is vastgesteld krachtens de artikelen 69 en 70, lid 1, en ten tijde van de feiten van kracht was. Artikel 1, lid 1, bepaalt immers:

«Onverminderd de hierna volgende bepalingen heffen de Lid-Staten de beperkingen op met betrekking tot het kapitaalverkeer tussen ingezetenen van de Lid-Staten. Ten einde de toepassing van deze richtlijn te vergemakkelijken, worden de verschillende categorieën kapitaalverkeer ingedeeld volgens de nomenclatuur van bijlage I.»

7. Punt VIII van deze bijlage vermeldt juist de kortlopende en langlopende financiële leningen en kredieten en die op middellange termijn. Hieruit volgt, dat de op die verrichtingen betrekking hebbende kapitaalbewegingen reeds zijn geliberaliseerd.

8. Derhalve moet worden nagegaan, of een regeling als die waarom het hier gaat, een belemmering van het aldus geliberaliseerde kapitaalverkeer oplevert.

9. Volgens artikel 1 van de reeds genoemde groothertogelijke verordening wordt de rentesubsidie enkel verleend indien de betrokkenen aan bepaalde voorwaarden voldoen en bovendien aantonen, dat zij «bij een in het Groothertogdom Luxemburg erkende kredietinstelling of bij een tot de sociale zekerheid behorend pensioenfonds een lening zijn aangegaan voor de bouw, de aankoop of de verbetering van een op het grondgebied van het Groothertogdom Luxemburg gelegen woning die door de aanvrager daadwerkelijk en permanent wordt bewoond.» Blijkens het antwoord van de Luxemburgse regering op een door het Hof gestelde vraag wordt een bank erkend, indien zij in Luxemburg is opgericht of aldaar een dochteronderneming of een filiaal heeft.

10. Bepalingen volgens welke in een Lid-Staat wonende leningnemers slechts in aanmerking komen voor de door die staat met overheidsmiddelen betaalde rentesubsidie, indien zij de lening zijn aangegaan bij een in die Lid-Staat gevestigde bank, schrikken de betrokkenen evenwel af zich tot in een andere Lid-Staat gevestigde banken te wenden en belemmeren derhalve kapitaalbewegingen, zoals bankleningen.

11. Voorts bepaalt artikel 61, lid 2, van het Verdrag: «De liberalisatie van de door banken en verzekeringsmaatschappijen verrichte diensten waarmee kapitaalverplaatsingen gepaard gaan, moet worden verwezenlijkt in overeenstemming met de geleidelijke liberalisatie van het kapitaalverkeer.» Aangezien verrichtingen zoals het toekennen van bouwleningen door banken, diensten in de zin van artikel 59 van het Verdrag zijn, moet dus eveneens worden nagegaan, of de regeling waarop de verwijzende rechter doelt, verenigbaar is met de verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten.

12. In de eerste plaats moet worden vastgesteld, dat een regeling die de toekenning van rentesubsidie afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de leningen bij een in de betrokken Lid-Staat erkende instelling zijn aangegaan, ook een door artikel 59, eerste alinea, van het Verdrag verboden discriminatie van de in andere Lid-Staten gevestigde kredietinstellingen oplevert.

13. In de tweede plaats moet worden nagegaan, of een dergelijke regeling gerechtvaardigd kan zijn ten aanzien van de bepalingen van het Verdrag. Dienaangaande merkt de Luxemburgse regering, ondersteund door de Griekse regering, op, dat het betrokken vereiste een onderdeel is van een sociaal beleid dat grote financiële en economische gevolgen heeft. Alleen al voor het jaar 1994 bedroeg de post rentesubsidies op de staatsbegroting 1 410 236 417 BFR, dat wil zeggen bijna 1 % van de totale begroting. Via de belasting op de winsten van de financiële instellingen vloeit evenwel een groot gedeelte, ongeveer de helft, van de aan rentesubsidie betaalde gelden terug in de staatskas van het Groothertogdom Luxemburg, waardoor dit land in staat is een sociaal huisvestingsbeleid te voeren en aanzienlijke bedragen voor een speciaal huisvestingsfonds te reserveren. Dit betekent – aldus nog steeds de Luxemburgse regering –, dat zonder de betrokken regeling het beleid van steun voor de huisvesting tot mislukken zou zijn gedoemd, of althans niet even intens als thans zou kunnen worden gevoerd, zodat die regeling verenigbaar is met artikel 59, eerste alinea, van het Verdrag.

14. Deze redenering kan niet worden aanvaard.

15. Zoals opgemerkt in rechtsoverweging 12, bevat de betrokken regeling immers een discriminatie op grond van vestiging. Een dergelijke discriminatie kan evenwel enkel gerechtvaardigd zijn om de redenen van algemeen belang genoemd in artikel 56, lid 1, van het Verdrag, waarnaar in artikel 66 wordt verwezen. Doelstellingen van economische aard behoren daar niet toe (zie, onder meer, arrest van 25 juli 1991, zaak C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda, Jurispr. 1991, blz. I-4007, r.o. 11).

16. In zijn arresten van 28 januari 1992 (zaak C-204/90, Bachmann, Jurispr. 1992, blz. I-249, en zaak C-300/90, Commissie/België, Jurispr. 1992, blz. I-305) heeft het Hof geoordeeld, dat het verzekeren van de samenhang van een belastingregeling een rechtvaardiging kan vormen voor een regeling die zowel het vrije verkeer van werknemers als het vrij verrichten van diensten beperkt.

17. Hiervan is in casu evenwel geen sprake.

18. Terwijl er in de hierboven genoemde zaken een rechtstreeks verband bestond tussen de aftrekbaarheid van de premies en de heffing van belasting over de bedragen die de verzekeringsmaatschappijen ingevolge verzekeringscontracten tegen ouderdom en overlijden uitkeren, welk verband moest worden gehandhaafd om de samenhang van de betrokken belastingregeling te waarborgen, bestaat er in casu immers geen enkel rechtstreeks verband tussen de toekenning van de rentesubsidie aan de leningnemers en de financiering daarvan door middel van belasting over de winsten van de financiële instellingen.

19. Mitsdien moet aan de nationale rechter worden geantwoord, dat de artikelen 59 en 67 van het Verdrag eraan in de weg staan, dat een Lid-Staat de toekenning van een sociale steun voor huisvesting, inzonderheid een rentesubsidie, afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de leningen voor de financiering van de bouw, de aankoop of de verbetering van de

gesubsidieerde woning zijn aangegaan bij een in die Lid-Staat erkende kredietinstelling, waarvoor vereist is dat die instelling aldaar is gevestigd.

NOOT – Kapitaalverkeer, dienstenverkeer en leningsubsidies

In bovenstaand arrest spreekt het Hof zich uit over de verenigbaarheid van de Luxemburgse regeling m.b.t. de verlening van rentesubsidie voor de bouw, aankoop of verbetering van een woning met het gemeenschapsrecht. Het verlenen van deze subsidie wordt onder meer afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat de hypothecaire lening ter financiering van het project is gesloten bij een in Luxemburg erkende instelling, meer bepaald een instelling die daar is gevestigd of er een filiaal of succursaal heeft (de foutief vertaalde Nederlandse versie van het arrest spreekt ten onrechte van «een dochteronderneming of een filiaal»). Het Hof beslist dat de artikelen 59 en 67 van het EG-Verdrag (verbod op belemmering van het vrij verkeer van diensten resp. het vrij verkeer van kapitaal) zich tegen zulk een regeling verzetten. Bij dit arrest kunnen enkele bedenkingen worden gemaakt.

1. *De vraag naar de toepasselijke verdragsbepaling.* – In de eerste plaats valt op dat het Hof niet diepgaand onderzoekt welke van beide verdragsbepalingen van toepassing is. Dit onderzoek is, zeker wanneer het bankverrichtingen betreft, niet eenvoudig, daar dit vaak verrichtingen zijn waarbij een kapitaalverplaatsing gepaard gaat met een dienstverlening. De Luxemburgse Conseil d'Etat heeft m.i. echter terecht verzocht om een uitlegging van art. 67 E.G.-Verdrag, omdat het hier duidelijk gaat om een regeling die in wezen een weerslag heeft op het vrij verkeer van kapitaal (een samenvatting van het verwijzingsarrest is gepubliceerd in *J.T. dr. eur.*, 1994, 79). De artt. 67 t.e.m. 73 E.G.-Verdrag zijn ingevolge het Verdrag van Maastricht met ingang van 1 januari 1994 vervangen door de nieuwe artikelen 73 B – 73 G. Aan artikel 73 B, dat een principieel verbod op alle beperkingen van het kapitaalverkeer oplegt, is door het Hof van Justitie ondertussen reeds rechtstreekse werking toegekend (arrest van 14 december 1995, gevoegde zaken C-163/94, C-165/94 en C-250/95, strafzaken tegen Sanz de Lera e.a., nog niet gepubliceerd). Op het moment dat de zaak «Svensson» bij het Hof aanhangig werd gemaakt golden de oude bepalingen echter nog. Daarin werd niet omschreven wat als kapitaalverkeer moest worden beschouwd, doch werd enkel vermeld dat de beperkingen inzake kapitaalverkeer geleidelijk zouden worden opgeheven en dit in de mate waarin nodig voor de goede werking van de gemeenschappelijke markt. Wegens het feit dat de liberalisatie van het kapitaalverkeer slechts geleidelijk tot stand kwam door richtlijnen van de Raad, had art. 67 op zich geen rechtstreekse werking (H.v.J., 11 november 1981, zaak C-203/80, Casati, *Jur.*, 1981, 2529). Pas met richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 (*Pb.L.*, 178 van 8 juli 1988, p. 5), werd een nagenoeg volledige liberalisatie van het kapitaalverkeer bereikt. In de bijlage bij deze richtlijn is een nomenclatuur opgenomen van de verrichtingen die als kapitaalverkeer dienen te worden beschouwd. Deze lijst, die derhalve een nuttig instrument is bij de invulling van het begrip kapitaalverkeer, bevat o.m. een rubriek VIII: «Financiële leningen en kredieten». Luidens de verklarende aantekeningen bij de nomenclatuur omvatten deze «eveneens hypothecaire leningen...» In een arrest

m.b.t. de uitvoer van bankbiljetten besliste het Hof van Justitie echter dat de in de nomenclatuur vermelde operaties niet steeds noodzakelijkerwijze als kapitaalverkeer dienen te worden beschouwd; het is de mening toegedaan dat enkel financiële verrichtingen die gericht zijn op belegging of investering van het betrokken bedrag, onder de noemer kapitaalverkeer vallen (arrest 31 januari 1984, gevoegde zaken C-286/82 en 26/83, Luisi en Carbone, *Jur.*, 1984, 377).

Er bestaat geen twijfel over dat kredietverlening aan dit vereiste beantwoordt. Kredietverlening wordt in de rechtsleer in het algemeen dan ook beschouwd als een vorm van kapitaalverkeer, zelfs indien de bank bijkomend bepaalde (administratieve) diensten verricht (vgl. Ehlermann, C.-D., Thiesing, J. en von der Groeben, H., *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Baden-Baden, Nomos, 1991, 1088). Gelet op dit alles besluit het Hof in de onderhavige zaak m.i. terecht dat het verlenen van hypothecair krediet een geliberaliseerde vorm van kapitaalverkeer is (r.o. 7). Er bestaat geen twijfel over dat deze geliberaliseerde vorm van kapitaalverkeer wordt belemmerd door de werking van de Luxemburgse regeling, daar aspirant-leningnemers worden ontmoedigd zich naar het buitenland te begeven en daar een lening te sluiten (r.o. 10), zelfs indien men daar op gunstiger voorwaarden zou kunnen contracteren.

In de daaropvolgende overwegingen volgt het Hof echter een onverwacht denkspoor door te oordelen dat verrichtingen zoals het verlenen van bouwleningen door banken ook diensten zijn in de zin van artikel 59 van het Verdrag; de Luxemburgse regeling is met die bepaling niet verenigbaar aangezien zij een discriminatie ten nadele van in andere Lid-Staten gevestigde kredietinstellingen oplevert. Deze redenering is merkwaardig, aangezien artikel 60 E.G.-Verdrag het begrip «diensten» definieert als «dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn». Gelet op het feit dat diensten dus als een restcategorie worden omschreven, had het Hof hier met respect voor de systematiek van het verdrag kunnen besluiten dat enkel art. 67 van toepassing was (in dezelfde zin, zie Gilliams, H., Van Gerven, D., Wouters, J. en Wytinck, P., «Kroniek van rechtspraak. Europees ondernemingsrecht (augustus 1994-december 1995)», te verschijnen in *T.B.H.*, 1996, nr. 4).

Men zou de uitspraak beter kunnen begrijpen indien enkel artikel 59, met uitsluiting van art. 67, zou zijn toegepast. In vroegere rechtspraak was immers reeds een restrictieve interpretatie van art. 67 ten voordele van artikel 59 doorgevoerd (Zie het reeds aangehaalde arrest Luisi en Carbone; zo ook het arrest «Koestler», 24 oktober 1978, zaak 15/78, *Jur.*, 1978, 1971, waarin het Hof verrichtingen bestaand in het uitvoeren van opdrachten ter beurze en verrichtingen in rekening-courant in combinatie met een kredietverlening «stellig» als dienstverrichtingen beschouwde). Die handelwijze werd wellicht geïnspireerd door de wens het toepassingsgebied van het – toen nog zeer beperkt geliberaliseerde – kapitaalverkeer te beperken en zodoende de vrijmaking van de andere verdragsvrijheden te waarborgen (zo o.m. Timmermans, C.W.A., noot onder het reeds aangehaalde arrest Luisi en Carbone, *S.E.W.*, 1984, 758; Wouters, J., «Naar een volledige liberalisatie van het Europese kapitaalverkeer in 1992», *R.W.*, 1987-88, 1453, nr. 8). Een restrictieve opvat-

ting lijkt ook in de onderhavige zaak trouwens door de advocaat-generaal te worden gehanteerd. Hij is de mening toegedaan dat de Luxemburgse reglementering op zich niet met zich meebrengt dat grensoverschrijdende transacties met het uitgekeerde kapitaal worden bemoeilijkt of verhinderd. De regeling heeft enkel tot gevolg dat het minder aantrekkelijk wordt gemaakt voor de betrokken aspirant-leningnemers de lening te sluiten in het buitenland en zodoende een grensoverschrijdende dienstverrichting in de vorm van een bouwlening tot stand te brengen (conclusie advocaat-generaal M.B. Elmer, r.o. 8). Voor deze opvatting meent hij steun te kunnen vinden in het arrest «Bachmann», waarin het Hof besliste dat artikel 67 niet van toepassing was op beperkingen «die niet op de overmakingen van kapitaal zijn gericht, maar die indirect voortvloeien uit beperkingen ten aanzien van andere fundamentele vrijheden» (arrest 28 januari 1992, C-204/90, *Jur.*, 1990, 249, r.o. 34). Afgezien van de vraag of een dergelijke enge interpretatie van artikel 67 na de nagevoegde volledige liberalisatie van het kapitaalverkeer door richtlijn 88/361/EEG nog wel wenselijk is (vgl. Wouters, J., *R.W.*, 1987-88, 1453, nr. 8), zou men op basis van deze redenering kunnen opteren voor de toepassing van artikel 59. Een gelijktijdige toepassing van de artikelen 59 en 67 is op grond van het subsidiair karakter van het vrije dienstenverkeer ingevolge artikel 60 echter uitgesloten.

Men moet zich dan ook afvragen welke de redenen voor de gedachtengang van het Hof zijn. De uitspraak doet terugdenken aan die in het arrest «Veronica Omroep Organisatie» (arrest van 3 februari 1993, zaak C-148/91, *Jur.*, 1993, I, 487). V.O.O. had in strijd met de bepalingen van de Nederlandse Mediawet meegewerkt aan de oprichting in Luxemburg van de commerciële zender RTL-Véronique en deze feitelijk gesteund. Het Hof beoordeelde de in de Mediawet opgenomen beperkingen simultaan aan de hand van artikelen 59 en 67, zonder na te gaan welke nu juist de toepasselijke bepaling was. De Nederlandse regeling werd vervolgens gerechtvaardigd geacht omdat zij bepaalde doelstellingen van algemeen belang behartigde (nl. het creëren van een pluriform omroepbestel waarin de vrijheid van meningsuiting voor de diverse maatschappelijke, culturele, godsdienstige en geestelijke stromingen werd gewaarborgd). Men zou derhalve kunnen stellen dat de gelijktijdige beoordeling a.d.h.v. de artikelen 59 en 67 het Hof in die zaak mogelijk maakte de «rule of reason» – zij het dan met voorbijgaan van art. 60 – op kapitaalverkeer toe te passen (in die zin: Gilliams, H., Van Gerven, D., Wouters, J. en Wytinck, P., «Kroniek van rechtspraak. Europees ondernemingsrecht (januari 1993 – juli 1994)», *T.B.H.*, 1994, 806, nrs. 118-119). Deze redenering kan echter in de onderhavige zaak niet opgaan, daar het Hof uiteindelijk geen enkele van de verschillende opgeworpen rechtvaardigingsgronden aanwezig acht. Het blijft dus gissen naar de toch wel vreemde gedachtengang van het Hof.

2. *De coherentie van het belastingstelsel als rechtvaardigingsgrond* – De Luxemburgse regering doet onder meer een beroep op de rechtvaardigingsgrond m.b.t. de samenhang van het belastingstelsel die in het reeds vermelde arrest «Bachmann» werd ontwikkeld (van dezelfde datum, analoog: H.v.J., 28 januari 1992, zaak C-300/90, Commissie t. België, *Jur.*, 1992, 305; over deze zaken o.m. Fosselard, D., «L'obstacle fiscal à la réalisation du marché intérieur» (noot onder «Bachmann»), *C.D.E.*, 1993, 472-500; Wouters, J., «The case-law of the European Court of Justice in direct

taxes: variations upon a theme», *M.J.*, 1994, 179-220). In dit arrest was de Belgische regeling m.b.t. de fiscale aftrekbaarheid premies voor bepaalde persoonsverzekeringen aan de orde. De aftrekbaarheid werd voorbehouden voor premies die werden betaald aan een in België gevestigde verzekeringsmaatschappij. Hierdoor kon het verlies aan inkomsten van de staat tengevolge van de aftrekbaarheid worden gecompenseerd door het heffen van belasting op de bedragen die later door de verzekeraar zouden worden uitgekeerd. Het Hof paste in deze zaak de «rule of reason» toe die het reeds lang tevoren m.b.t. vrij verkeer van goederen had erkend in het arrest «Cassis de Dijon» (H.v.J., 20 februari 1979, zaak 120/78, *Jur.*, 1979, 649; cf. Hatzopoulos, V., «Fiscalité directe des Etats membres et 'libertés personnelles' reconnues par le traité CE», *R.M.U.E.*, 1995, 146, alsook Cauwenberg, P., «Is het in de inkomstenbelastingen gehanteerde onderscheid naar woonplaats nog langer gerechtvaardigd binnen de Europese Unie?», *T.F.R.*, 1995, 155). Het Hof besliste dat de uit het systeem voortvloeiende belemmering van het vrij verkeer van werknemers werd gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang, nl. het waarborgen van de samenhang van de nationale belastingregeling. Zich baserend op die door het Hof ontwikkelde redenering merkt de Luxemburgse regering in de onderhavige zaak op dat de aan de subsidiering verbonden voorwaarde noodzakelijk is omdat zij in staat stelt de kosten van de rentesubsidies grotendeels te recupereren via de winstbelasting op de in het Groothertogdom gevestigde financiële instellingen. Evenals in de andere zaken waarin na «Bachmann» een beroep op deze nieuwe rechtsvaardigingsgrond werd gedaan (H.v.J., 14 februari 1995, zaak C-279/93, Schumacker, *Jur.*, 1995, I, 225, en H.v.J., 11 augustus 1995, zaak C-80/94, Wielockx, nog niet gepubliceerd) wijst het Hof deze argumentatie echter af. In vrij laconieke bewoordingen oordeelt het dat er geen rechtstreeks verband bestaat tussen de toekenning van de rentesubsidie aan de leningnemers en de financiering daarvan door middel van belasting over de winsten van de financiële instellingen (r.o. 18).

Anders dan in de zaak «Bachmann», waar er een directe samenhang was tussen de aftrekbaarheid van de premies en de belasting van het uitgekeerde kapitaal op het niveau van dezelfde persoon, hebben de subsidiëring en de belastingheffing namelijk betrekking op verschillende personen. Bovendien is het helemaal niet zeker dat daadwerkelijk recuperatie van de subsidiegelden zal plaatsvinden, daar niet vaststaat dat de betrokken instellingen een positief bedrijfsresultaat zullen realiseren en er dus winstbelasting geheven zal worden (cf. conclusie van advocaat-generaal M.B. Elmer, r.o. 30-31). Aan de in «Bachmann» in het leven geroepen rechtvaardigingsgrond wordt aldus door het Hof een beperkt toepassingsgebied meegegeven. Volgens deze redenering zou een beroep op de rechtvaardigingsgrond m.b.t. de samenhang van het fiscale stelsel m.i. enkel nog succes hebben wanneer de compensatie zou gebeuren door middel van een rechtstreekse taxatie van de door de leningnemer terugbetaalde bedragen.

3. *De weerslag van het arrest op de Vlaamse reglementering.* Aangezien de in dezen relevante Vlaamse gewestelijke reglementering (in tegenstelling met die van het Waalse resp. het Brussels Hoofdstedelijke Gewest) een opvallende gelijkenis vertoont met de Luxemburgse, zal het hier besproken arrest in Vlaanderen wellicht niet zonder gevolg blijven.

Krachtens het besluit van de Vlaamse Regering van 3 februari 1993 houdende instelling van een tegemoetkoming in de last van hypothecaire leningen, aangegaan om een woning te bouwen, te kopen of te renoveren (*B.S.*, 31 maart 1993, gewijzigd bij B. VI. Reg. 29 juni 1994, *B.S.*, 17 september 1994 en B. VI. Reg. 16 mei 1995, *B.S.*, 22 september 1995) komt de overheid gedurende een (eenmaal hernieuwbare) termijn van drie jaar tegemoet in de aflossing van de lening door middel van een maandelijks uitkering. Luidens artikel 2 van dit besluit is hieraan echter wel de voorwaarde verbonden dat de aanvrager de lening heeft aangegaan «bij een kredietinstelling die ofwel ingeschreven is overeenkomstig het koninklijk besluit nr. 225 van 7 januari 1936 tot reglementering van de hypothecaire leningen en tot inrichting van de controle op de hypothecaire leningen of vrijgesteld is van deze inschrijving, ofwel ingeschreven is overeenkomstig de wet van 4 augustus 1992 op het hypothecair krediet». Twee opmerkingen hierbij. Ten eerste mochten alle ondernemingen die o.g.v. K.B. nr. 225 waren ingeschreven of vrijgesteld van inschrijving tot 31 december 1994 hun activiteiten blijven uitoefenen; indien zij na die datum hun activiteit als hypotheekonderneming wensten voort te zetten, dienden zij door de Controledienst voor de Verzekeringen te worden ingeschreven (art. 54 Wet 4 augustus 1992 op het Hypothecair Krediet, *B.S.*, 19 augustus 1992; zie hierover Jakhian, G., *Le crédit hypothécaire. Examen de la loi du 4 août 1992*, Brussel, Larcier, 1994, nrs. 196-197). Ten tweede gaat de administratie uit van een ruime interpretatie van deze voorwaarde en verleent zij de tegemoetkoming ook voor leningen afgesloten bij financiële instellingen die niet daadwerkelijk zijn ingeschreven doch zijn geregistreerd o.g.v. art. 43bis Wet Hyp. Kred. Dit artikel bepaalt dat ondernemingen die zijn erkend in een andere EG-Lid-staat in België door middel van een bijkantoor of in het kader van het vrij verrichten van diensten, leningen kunnen sluiten na registratie door de Controledienst voor de Verzekeringen (art. 43bis werd ingevoerd door art. 1 van de wet van 11 februari 1994 betreffende de vervollediging van de omzetting van de tweede bankrichtlijn in het Belgische recht, *B.S.*, 16 maart 1994). De Vlaamse regeling is dus in de praktijk enigszins liberaler dan de Luxemburgse, daar ook een tegemoetkoming wordt verleend voor leningen die zijn aangegaan bij instellingen die in België in het kader van de vrije dienstverlening leningen aanbieden zonder er een filiaal of succursaal te hebben (ofschoon men zich zou kunnen indenken dat van de registratieplicht toch nog een remmende werking zal uitgaan).

Voor leningen die in het buitenland worden gesloten bij een aldaar werkzame financiële instelling, is elke tegemoetkoming echter uitgesloten, zelfs indien men aan alle andere voorwaarden voldoet. Zodoende heeft de regeling in deze situaties hetzelfde belemmerende effect als de Luxemburgse, nl. dat aspirant-leningnemers worden ontmoedigd een lening aan te gaan in een andere Lid-Staat, zelfs wanneer zij daar op gunstiger voorwaarden zouden kunnen contracteren (vgl. opnieuw r.o. 10 van het arrest Svensson).

De Vlaamse reglementering kan dus in deze gevallen waarschijnlijk als onverenigbaar met het gemeenschapsrecht worden beschouwd. Het kan diegene die van deze beperking het slachtoffer wordt, dan ook aanraden zich tot de rechter te wenden om alsnog een tegemoetkoming af te dwingen. Aangezien het hier ongetwijfeld een betwisting omtrent een subjectief recht betreft, zal de burgerlijke rech-

ter bevoegd zijn (vaste rechtspraak van de Raad van State; zie onder meer, voor een toepassing op bouwpremies, R.v.St., 25 februari 1987, nr. 27.575, samengevat in *Adm. Publ. (M)*, 1987, 39). Gelet op de verschillen tussen de Vlaamse en de Luxemburgse regeling zou nog enige twijfel kunnen rijzen nopens de exacte gevolgen van het «Svensson»-arrest voor de Vlaamse reglementering. De nationale rechter kan in dat geval op grond van art. 177 E.G.-Verdrag een prejudiciële vraag stellen aan het Hof van Justitie om meer duidelijkheid te verkrijgen. Indien hij uiteindelijk vaststelt dat de reglementering strijdig is met de bepalingen van het E.G.-Verdrag, moet hij conform de bekende beginselen i.v.m. de voorrang van het gemeenschapsrecht, de daarmee strijdige bepalingen van nationaal (i.c. regionaal) recht buiten toepassing laten (vaste rechtspraak: zie o.m. H.v.J., 15 juli 1964, zaak 6/64, Costa t. E.N.E.L., *Jur.*, 1964, 1199; H.v.J., 9 maart 1978, zaak 106/77, Simmenthal, *Jur.*, 1978, 629).

Conclusie. – In het arrest maakt het Hof duidelijk dat nationaalrechtelijke bepalingen die een onderdeel uitmaken van het huisvestingsbeleid en in wezen niets met financieel verkeer te maken hebben, toch een negatieve invloed kunnen uitoefenen op grensoverschrijdende hypothecaire leningen en derhalve het Europees kapitaalverkeer kunnen belemmeren (vgl. hierover Müllender, L., «A European mortgage market», *Bank. Fin.*, 1989, 249). Het is niet geheel ondenkbaar dat tal van andere wettelijke bepalingen die geenszins een financieelrechtelijk karakter bezitten, op eenzelfde wijze strijdig met het gemeenschapsrecht kunnen zijn. Gelet op de zeer beperkte draagwijdte die aan de in het arrest «Bachmann» ontwikkelde rechtvaardigingsgrond m.b.t. de samenhang van het fiscale systeem wordt meegegeven, is het zeer onwaarschijnlijk dat dergelijke maatregelen op die grond kunnen worden gerechtvaardigd. Aan de Vlaamse Gewestelijke overheid kan ten slotte de raad worden gegeven nu reeds de nodige stappen te ondernemen om zich te schikken naar de mogelijke gevolgen van het besproken arrest.

Yves Montangie
Assistent U.I.A.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 11 DECEMBER 1995

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaat: mr. Simont

Internationaal privaatrecht – Staat van de personen – Buitenlands vonnis – Gevolg – Art. 570 Ger.W. – Verstoting – Recht van verdediging

De regelmatig gewezen vonnissen van een buitenlandse rechtbank betreffende de staat van de personen hebben in België gevolg zonder enige uitvoerbaarverklaring.

Ze worden evenwel, in België, alleen als regelmatig gewezen beschouwd als ze de in art. 570 Ger.W. aangewezen vereisten vervullen. De eerbiediging van het recht van verdediging is een van die vereisten.

Het arrest dat vaststelt dat de verstoten echtgenote tijdens de rechtspleging opgeroepen noch gehoord was, schendt art. 570, tweede lid, 2°, Ger.W. door aan die verstoting uitwerking toe te kennen.

Rijksdienst voor Pensioenen t/ El H.

Gelet op het bestreden arrest, op 21 oktober 1994 door het Arbeidshof te Luik gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 3, eerste en derde lid, 6 van het Burgerlijk Wetboek, 570, tweede lid, 1° en 2°, van het Gerechtelijk Wetboek, schending van de Belgische internationale openbare orde, van het algemeen beginsel van het recht van verdediging, van het algemeen rechtsbeginsel dat man en vrouw gelijke rechten hebben, vastgelegd in artikel 14 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950, goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955; schending van genoemd artikel 14 en voor zoveel nodig van de genoemde wet van 13 mei 1955 en schending van artikel 5 van het Aanvullend Protocol nr. 7 bij het genoemd Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, van artikel 16 van het Verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst en van artikel 16 van de wet van 14 juli 1987 tot goedkeuring van dat verdrag, en van artikel 74, § 1, van het koninklijk besluit van 21 december 1967 tot vaststelling van het algemeen reglement betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers.

doordat het arrest, nu eiser oordeelde dat de verstoting, vastgesteld bij akte opgemaakt op 12 november 1991 in Marokko, door verweerder van zijn echtgenote, die net als hij van Marokkaanse nationaliteit is, strijdig is met de internationale openbare orde, en bijgevolg bij beslissing van 21 januari 1993 met ingang op 1 december 1991 aan verweerder en zijn echtgenote de helft heeft toegekend – overeenkomstig artikel 74 van voornoemd koninklijk besluit van 21 december 1967 – van het rustpensioen als mijnwerker, volgens het «gezins»-tarief, waarop verweerder aanspraak kan maken, met bevestiging van het beroepen vonnis, voor recht zegt dat eiser een verbeterende beslissing zal nemen en verweerders echtscheiding erkennen en zijn rustpensioen volgens het tarief van «alleenstaande» op 1 januari 1992 zal vaststellen en, bij die beslissing, hoofdzakelijk hierop steunt dat, met toepassing van artikel 570 van het Gerechtelijk Wetboek, inzonderheid moet worden nagegaan of de beslissing van verstoting strijdig is met de beginselen van openbare orde en met de regels van het Belgisch publiekrecht; dat de volgens het Marokkaanse recht de echtgenoten gescheiden zijn en vrij om te hertrouwen; dat het feit dat een van de echtgenoten de echtscheiding ondergaat, ook al stemt hij er niet mee in, en bij ontstentenis van enige fout, niet kan worden beschouwd als strijdig met de openbare orde en met het Belgische publiekrecht; dat «de verstoten echtgenote inderdaad niet werd opgeroepen noch gehoord bij de procedure tot verstoting»; dat daaruit niet noodzakelijk volgt dat het recht van verdediging niet is geëerbiedigd; dat immers de echtgenote, net zoals in België de echtgenoot die geruime tijd gescheiden is, zich niet tegen de echtscheiding kan verzetten; dat «het feit opgeroepen en gehoord te zijn bijgevolg zonder invloed is op het uiteindelijke resultaat van verbreking van de huwelijksband»; dat «rest dat in Marokko de eenzijdige verstoting

alleen door de man en niet door de vrouw kan gebeuren»; dat «de gelijke rechten van man en vrouw dus inderdaad niet zijn geëerbiedigd»; dat erop dient te worden gewezen dat het Belgisch recht nog niet zolang geleden eveneens discriminatoir was en een verschil maakte tussen overspel en onderhoud van bijzit; dat «anderzijds, de man aan die schending van de gelijke rechten, in dit geval, geen aanstoot kan nemen aangezien ons rechtssstelsel van dien aard is dat het niet de eenzijdige verstoting door de man zou verbieden maar eerder ook de verstoting door de vrouw zou toestaan»; dat «de overweging dat verstoting niet gelijkstaat met echtscheiding een grotere bedreiging kan vormen voor de openbare orde, de regels van het Belgisch publiekrecht en de gelijkheid van de echtgenoten», nu die, bij hertrouwen en volgens de wet van het land waar zij zich bevinden, beschouwd worden als bigamisten, ongehuwd samenwonenden of gehuwden en hun kinderen als wettige, natuurlijke of overspelige kinderen; dat «ten slotte verstoting niet gelijkstellen met echtscheiding in onze huidige samenleving tot onontwarpbare toestanden zou leiden», met betrekking tot de kinderen die na verstoting uit een tweede huwelijk zijn geboren, tot kinderbijslag, bijstandsverplichting, erfopvolging; dat het internationaal privaatrecht een zo harmonieus mogelijk samen bestaan beoogt van verschillende rechtssstelsels zodat personen, die aan verschillende rechtssstelsels zijn onderworpen, een statuut kunnen krijgen dat de grondslagen van een bepaalde andere rechtsorde niet ondermijnt en die orde eerbiedigt; dat het gelijkstellen, te dezen, van verstoting en echtscheiding dat beginsel eerbiedigt,

terwijl, eerste onderdeel, zoals het arrest erkent, verstoting door verweerder van zijn echtgenote in België alleen uitwerking kon hebben op voorwaarde, als bepaald in artikel 570, tweede lid, 2°, dat zij gebeurt in het kader van een procedure waarbij het recht van verdediging is geëerbiedigd; het arrest vaststelt dat verweerders echtgenote niet werd opgeroepen noch gehoord tijdens die procedure; haar recht van verdediging dus niet is geëerbiedigd; de omstandigheid dat zij het verbreken van de huwelijksband niet had kunnen beletten, niets afdoet aan de schending van dat recht, nu de verstoting is gebeurd zonder dat zij haar opmerkingen heeft kunnen doen gelden; daaruit volgt dat het arrest, dat uitdrukkelijk vaststelt dat verweerders echtgenote «opgeroepen noch gehoord werd tijdens de rechtspleging tot verstoting», maar toch beslist dat eiser de gevolgen van de verstoting moet aannemen en zijn beslissing van 21 januari 1993 deswege moet aanpassen, op grond dat verweerders echtgenote zich tegen de echtscheiding niet had kunnen verzetten, de regel mist dat de vreemde beslissing het recht van verdediging moet eerbiedigen om in België uitwerking te kunnen krijgen (schending van artikel 570, tweede lid, inzonderheid 2°, van het Gerechtelijk Wetboek), en bovendien het algemeen beginsel van het recht van verdediging en de Belgische internationale openbare orde schendt (en schending van artikel 14 van het in het middel aangewezen Verdrag tot bescherming, van artikel 5 van het Aanvullend Protocol nr. 7 bij dat verdrag en van de in het middel aangewezen wet tot goedkeuring van 13 mei 1995), en ook artikel 74 van voornoemd koninklijk besluit van 21 december 1967 schendt;

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat uit het bestreden arrest blijkt: 1° dat verweerder heeft verklaard zijn echtgenote, die net als hij van Marokkaanse nationaliteit is, te verstoten bij een akte die op 12 november 1991 te Nador in Marokko is opgemaakt; 2° dat eiser bij beslissing van 21 januari 1993 aan ieder van hen de helft heeft toegekend van het «pensioen van gehuwde», in de zin van artikel 74, § 1, 1° van het koninklijk besluit van 21 december 1967 tot vaststelling van het algemeen reglement betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers; 3° dat eiser heeft geoordeeld dat de echtgenoten niet uit de echt gescheiden waren maar feitelijk gescheiden, nu eiser zijn woonplaats in België heeft en de verstoten vrouw in Marokko leeft;

Overwegende dat het arbeidshof erop wijst dat de Marokkaanse rechter bij de akte van verstoting is opgetreden en dat het hof oordeelt dat het moet nagaan of die beslissing de voorwaarden van artikel 570, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek vervult;

Overwegende dat de regelmatig gewezen vonnissen van een buitenlandse rechtbank betreffende de staat van de personen, in België gevolg hebben zonder enige uitvoerbaarverklaring;

Dat zij evenwel, in België, alleen als regelmatig gewezen worden beschouwd als zij de in artikel 570 van het Gerechtelijk Wetboek aangewezen vereisten vervullen; dat de eerbiediging van het recht van verdediging een van die vereisten is;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de verstoten echtgenote tijdens de rechtspleging tot verstoting opgeroepen noch gehoord is;

Dat het arrest, door aan die verstoting uitwerking toe te kennen, artikel 570, tweede lid, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek schendt;

Dat het onderdeel in zoverre gegrond is;

...

NOOT – Zie in dit nummer het artikel van J. Erauw, «Verstoting-echtscheiding is moeilijk erkenbaar».

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

8e KAMER – 11 MEI 1995

Voorzitter: de h. Blondeel

Advocaten: mrs. Van Helshoecht, Coene en Mulliez loco Daem

Beslag en executie – Misbruik van executierechten – Doelgebonden bevoegdheid – Aansprakelijkheid – Gerechtsdeurwaarder

De bevoegdheid om uitvoerend beslag te leggen is in beginsel enkel gebonden aan het legitieme streven van de schuldeiser om betaling te krijgen. De uitoefening van dat recht moet echter gebeuren binnen de perken van de redelijkheid. Dat is niet het geval wanneer het uitblijven van de vrijwillige betaling van de schuldenaar klaarblijkelijk niet het gevolg is van diens onwilligheid, nalatigheid of onvermogen. De aansprakelijkheid van de gerechtsdeurwaarder komt hierbij niet in het gedrang wanneer hij geen kennis had van een dergelijk misbruik.

B. en Van L. t/ Belgische staat en L.

I. Wat de feiten betreft

Overwegende dat de belangrijkste relevante gebeurtenissen die tot de betwiste beslagprocedure aanleiding gaven en ter beoordeling van het geschil in aanmerking genomen dienen te worden, als volgt kunnen worden weergegeven;

Overwegende dat mevrouw Van L. op een niet nader bepaalde datum de onderhandse overeenkomst ondertekende betreffende de aankoop door haar van een onroerend goed, gelegen te X; dat die verkoop aanleiding gaf tot een rechtspleging voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, zodat de notariële verkoopakte eerst op 11 januari 1991 werd verleden;

Overwegende dat appellante Van L. na de toezending van een aanslagbiljet in de onroerende voorheffing voor het aanslagjaar 1989 – waarin 7.525 frank werd gevorderd – de ontvanger te X op 7 mei 1990 inlichtte dat zij nog geen eigenares was van het belaste pand en dat er een geschil hangende was in rechte; dat die ontvanger per 10 mei 1990 meedeelde dat, ter herziening van die aanslag een bezwaarschrift ingediend moest worden binnen de op het aanslagbiljet vermelde termijn; dat de raadsman van mevrouw Van L. daarop de ontvanger aanschreef met de mededeling van het adres van de toenmalige eigenaars L. en met het verzoek om de kwestie rechtstreeks met dezen af te handelen;

Overwegende dat een soortgelijke aanslag voor het aanslagjaar 1990 op 22 februari 1991 betaald werd via de notarissen die voor koper en verkopers optraden en door deze laatste ten laste werd genomen ingevolge de bedingen daarover in de notariële akte die inmiddels was verleden; dat die betaling volgde nadat de ontvanger te X op 31 januari 1991 de appellanten B. en Van L. had aangemaand om te betalen en dat eerstgenoemde op 1 maart 1991 de ontvangst van de betaling bevestigde;

Overwegende dat de voormelde ontvanger vervolgens op 23 mei 1991 een dwangbevel uitvaardigde met betrekking tot het openstaand bedrag van onroerende voorheffing voor het aanslagjaar 1989, dat op 31 mei 1991 door geïntimeerde L. werd betekend aan de persoon van mevrouw Van L.; dat in die akte betaling werd gevorderd van een hoofdsom aan belastingen van 7.525 frank, van een dossierrecht van 357 frank en een inningsrecht van 291 frank, terwijl de rechten slechts pro memorie werd vermeld; dat in de aanhef van het exploit werd vermeld dat met de ontvanger der directe belastingen te B. dringend contact diende te worden opgenomen teneinde het beslag op roerende goederen te vermijden;

Overwegende dat appellante Van L. op 31 mei 1991 via haar bankier een betaling van 9.820 frank verrichtte ten voordele van het kantoor van gerechtsdeurwaarders V. en D. te B. in wier plaats geïntimeerde L. optrad;

Overwegende dat op 13 juni 1991 door het kantoor van laatstvermelde gerechtsdeurwaarders een schrijven werd gericht aan appellant B., waarin hem een nieuwe afrekening werd meegedeeld van 11.410 frank – het inningsrecht van 291 frank werd vervangen door een kwijtings- en afkortingsrecht van 267 frank terwijl de rente werd becijferd op 675 frank –, en meteen werd verduidelijkt dat na aanrekening van de betaalde 9.820 frank er nog 1.590 frank bleef te betalen;

dat voormeld kantoor op 20 juni 1991 geïntimeerde L. in kennis stelde van die brief en hem verzocht om uitvoerend

beslag op roerende goederen te leggen binnen een maand en een verkoopdag vast te stellen op ongeveer anderhalve maand;

Overwegende dat op 16 juli 1991 ten verzoeken van de ontvanger te X. uitvoerend roerend beslag werd gelegd, onder verwijzing naar het dwangbevel van 23 mei 1991, en betaling werd gevorderd van 10.895 frank – zijnde dezelfde sommen als die vermeld in de betekening –, vermeerderd met 5.575 frank kosten, verbonden aan die akte;

dat die akte door gerechtsdeurwaarder V., die optrad loco geïntimeerde L., werd betekend aan de persoon van de dochter van de beslagenen, die zelf sinds geruime tijd in het buitenland vertoefden;

dat dochter, G. B. verklaarde dat er reeds betaald werd, maar daarvan geen bewijs overlegde;

dat tal van waardevolle roerende goederen in beslag werden genomen;

Overwegende dat vanaf 29 juli 1991 tussen de toenmalige raadsman van appellanten B.-Van L. en geïntimeerde L. – en nadien met diens raadsman – briefwisseling werd gevoerd betreffende de getroffen beslagmaatregel, in streng terechtwijzende en weinig hoffelijke termen; dat geïntimeerde in die briefwisseling onder meer betwistte dat hij omtrent de achtergrond van de fiscale betwisting geïnformeerd was en dat hij zijn confraters te X. niet over de gang van zaken ingelicht zou hebben;

Overwegende ten slotte dat geïntimeerde L., na correspondentie met zijn confraters te X. – die op hun beurt hun opdrachtgever om instructies verzochten – op 5 augustus 1991 de raadsman van de beslagenen inlichtte dat er nog 7.188 frank verschuldigd bleef; dat die confraters op 12 augustus 1991 geïntimeerde L. mededeelden dat hun opdrachtgever geen verzet tegen het beslag had ontvangen en dat verder mocht worden uitgevoerd, met de precisering dat er per 20 juni 1991 nog 1590 frank verschuldigd was; dat gerechtsdeurwaarder L. op 14 augustus aan de raadsman van de beslagenen meldde dat hij bij gebreke van betaling of van verzet de verkoopdatum zou aanplakken; dat de notaris van de verkopers L. ten slotte op 19 augustus 1991 het bedrag van 7.188 frank betaalde op de rekening van geïntimeerde L.;

Overwegende dat de ingediende bezwaarschriften betreffende de betwiste onroerende voorheffing in de loop van 1992 werden ingewilligd en ontheffing werd verleend voor alle ingevorderde aanslagen;

II. De vorderingen

...

2. Overwegende dat de oorspronkelijk gevorderde opheffing van het roerend beslag niet meer ter discussie staat nadat daarvoor blijkbaar spontaan opheffing werd verleend zodra op 19 augustus 1991 het gevorderd bedrag was betaald door notaris V.; dat zodoende enkel nog de vergoedingseisen ter beoordeling staan;

Overwegende dat appellanten B.-Van L. in hun conclusie stellen dat hun hoger beroep tegen partij L. enkel een bewarend karakter heeft, voor het geval de Belgische Staat de aansprakelijkheid zou toeschuiven aan de gerechtsdeurwaarder; dat zij, nadat dit laatste niet gebeurd was bij conclusie, anders dan in hun akte van hoger beroep, verklaren zich neer te leggen bij de afwijzing van hun vordering tegen die partij en die vordering derhalve niet gestand doen;

Overwegende dat die appellanten voor het hof hun subsidiaire vrijwaringseis tegen de Belgische Staat – een vordering waarover door de eerste rechter overigens niet formeel werd geoordeeld – evenmin gestand doen;

3. Overwegende dat de beslagrechten de schuldeiser als middel van tenuitvoerlegging ter beschikking staan om de uitvoering te verzekeren van een uitvoerbare titel tegen een onwillige, nalatige, illiquide of onvoldoende solvabele schuldenaar; dat de uitoefening van die rechten doelgebonden is en dus ter verantwoording van een getroffen maatregel op zich niet voldoende is dat hij past binnen de perken die door de wet worden gesteld;

Overwegende dat de bevoegdheid om een uitvoerende beslagmaatregel te treffen in beginsel enkel gebonden is aan het legitiem streven van de schuldeiser om hem zijn materiële aanspraak metterdaad te bezorgen; dat hij bij de aanwending van de maatregelen die hem ter beschikking staan evenwel de perken van de redelijkheid niet te buiten mag gaan, op straffe van zich te bezondigen aan misbruik van de beslagrechten;

Overwegende dat de ontvanger der directe belastingen in het onderhavige geschil beschikte over een uitvoerbare titel, te weten het door de bevoegde overheid uitvoerbaar verklaarde belastingkohier;

Overwegende dat de verplichting van de ontvanger te X. om de inning te verzekeren van de uitvoerbaar verklaarde belastingkohieren die hem zijn toevertrouwd, hem er niet van ontslaat om er zich vooraf van te vergewissen of de schuldenaar ten aanzien van wie hij een uitvoerende beslagmaatregel overweegt, al dan niet onwillig, nalatig of onvermogen is;

Overwegende dat hij te dezen wist dat de uitvoerbaarverklaring van het belastingkohier berustte op een vergissing, aangezien het gerezen probleem hem herhaaldelijk was uiteengezet en hij wist dat mevrouw Van L. anno 1990 geen eigenaar was – en de onroerende voorheffing voor dat aanslagjaar door een ander betaald was – zodat hij a fortiori kon afleiden dat ook de heffing voor 1989 op onterechte inkohiering berustte;

Overwegende dat mevrouw Van L. nog de dag zelf waarop het dwangbevel betreffende de onroerende voorheffing voor het aanslagjaar 1993 werd betekend, de belasting en de kosten van de betekenisakte vereffende, terwijl de rente in die akte slechts pro memorie werd vermeld en door de gerechtsdeurwaarders eerst in juni werd becijferd;

Overwegende dat gelet op de complicaties waartoe de vestiging der aanslag in concreto aanleiding gaf en mede gelet op de prompte betaling per 31 mei 1991, de ontvanger te dezen uit de omstandigheid dat de schuldenaar niet meteen reageerde na de brief van 13 juni 1991, waarin een saldo van 1590 frank werd becijferd, en een eerder gevorderd bedrag zelfs niet meer in rekening werd gebracht, – maar overigens niet eens werd aangekondigd dat bij overschrijding van de gestelde datum van 20 juni 1991 de dwanguitvoering aangevat zou worden –, niet vermocht af te leiden dat die schuldenaar onwillig of nalatig was; dat hij nog minder onvermogen tot betaling kon vermoeden, aangezien vrij prompt was betaald;

Overwegende dat de ontvanger der directe belastingen te X. te dezen in alle redelijkheid beschouwd niet kon besluiten dat hij zijn schuldenaar noodzakelijk diende uit te winnen bij wege van uitvoerend beslag; dat hij zijn recht om beslag te

leggen manifest heeft misbruikt en zodoende een fout in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek heeft begaan;

4. Overwegende dat appellanten B.-Van L. ter staving van de door hen gevorderde bedragen materiële en morele geleden schade inroepen;

dat zij als te vergoeden posten van materiële schade de onderbreking van hun vakantieverblijf in Frankrijk aanvoeren evenals de kosten welke zij dienden te spenderen voor hun verdediging in rechte;

dat zij als morele schade kwalificeren de beslommingen voortvloeiend uit de rechtspleging evenals het verlies van aanzien in hun burencring;

Overwegende dat de kosten welke door die appellanten gemaakt werden voor hun verdediging, in rechte niet als schadepost voor vergoeding in aanmerking komen;

dat de desbetreffende kosten die in rekening gebracht kunnen worden beperkt zijn tot die bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek, die met toepassing van artikel 1018, 6°, als kosten der rechtspleging in aanmerking worden genomen;

Overwegende dat het feit van de onderbreking van het vakantieverblijf als zodanig niet wordt betwist, maar zij daarover geen becijferde gegevens verstrekken;

Overwegende dat de totale vergoedbare schade, die in oorzakelijk verband staat met het door de ontvanger te X gepleegde rechtsmisbruik in billijkheid begroot kan worden op 45.000 frank in hoofdsom, te vermeerderen met vergoeden-de rente;

5. Overwegende dat geïntimeerde een tegenvordering instelde tot toekenning van 50.000 frank schadevergoeding omdat de oorspronkelijke eisers hem lichtvaardig zouden hebben gedagvaard;

dat laatstgenoemden menen dat zij op grond van artikel 1514 van het Gerechtelijk Wetboek verplicht waren om geïntimeerde L. mee te dagvaarden en dat hij naar hun oordeel niet vrijuit ging gelet op de concrete omstandigheden waarin het beslag werd uitgevoerd;

Overwegende dat artikel 517 van het Gerechtelijk Wetboek niet impliceert dat de gerechtsdeurwaarder verplicht is zijn ambt uit te oefenen in alle omstandigheden waarin hij daarom wordt verzocht; dat hij met name daartoe niet gehouden is wanneer de uitoefening van zijn ambt zou participeren aan rechtsmisbruik en integendeel, wanneer hij van zulk een misbruik kennis heeft, of daaromtrent redelijkerwijs niet onwetend kon zijn, hij die medewerking legitiem moet weigeren;

Overwegende dat in dit geval aangenomen kon worden dat de oorspronkelijke eisers ten tijde van hun verzet tegen de dwanguitvoering niet evident konden uitmaken of de deurwaarder al dan niet kennis droeg van de feitelijke gegevens die het hem mogelijk maakten redelijkerwijs te beoordelen of hij met zijn optreden al dan niet zou participeren aan rechtsmisbruik; dat in dit verband bijvoorbeeld verwezen kan worden naar het feit dat hij in juni al in kennis was gesteld dat op 6 juni 1991 8.920 frank was betaald ingevolge het dwangbevel dat hij zelf had betekend; dat er slechts een saldo van 1.590 frank resteerde, wat niet belet heeft dat in het uitvoerend beslagexploot betaling werd gevorderd van 10.895 frank, exclusief de 5.575 frank kosten van die akte zelf, en er in het beslagexploot wordt gesteld dat dochter B. wees op de gedane betaling, maar afgescheept werd met ar-

gument dat betaling niet werd bewezen, ofschoon deze betaling eerder door de gerechtsdeurwaarders te X. was bevestigd;

...

NOOT – *Nog over aansprakelijkheid bij tenuitvoerlegging*

1. Bovenstaand arrest is de uitspraak in hoger beroep van een eindvonnis van de beslagrechter van Brussel van 4 mei 1993, besproken in mijn overzicht van rechtspraak inzake de aansprakelijkheid van gerechtsdeurwaarders (*De aansprakelijkheid van gerechtsdeurwaarders, Overzicht van rechtspraak, 1983-1993*, Antwerpen, Kluwer, 1994, nr. 63, verder te vermelden als: *Overzicht*).

De feiten ten grondslag van de vordering zijn samengevat de volgende: een ontvanger der directe belastingen trouwde aan een gerechtsdeurwaarder uit zijn arrondissement de invordering toe, ten laste van een gehuwde dame, van een onroerende voorheffing, die evenwel sloeg op een aanslagjaar voordat zij het betrokken onroerend goed had gekocht. De gerechtsdeurwaarder gaf de opdracht door aan een territoriaal bevoegde confrater, die een exploit van dwangbevel betekende. De hoofdsom en de kosten van dit exploit werden daarop betaald aan de eerste gerechtsdeurwaarder, die aan de betrokken dame een nieuwe afrekening stuurde, met een nog verschuldigd saldo van 1.590 fr. Aangezien niet werd betaald, gaf voormelde gerechtsdeurwaarder opdracht aan zijn confrater om tot uitvoerend roerend beslag over te gaan, wat geschiedde. Daarop volgde een briefwisseling, met een navolgende nieuwe afrekening en dreiging tot aanplakking; het saldo werd betaald door de notaris van de verkopers van het onroerend goed, en terzelfder tijd dagvaardden voormelde dame en haar echtgenoot de ontvanger en de lokale deurwaarder voor de beslagrechter van Brussel teneinde opheffing van het beslag en schadevergoeding te krijgen. De bezwaarschriften betreffende de betwiste onroerende voorheffing werden naderhand ingewilligd.

Na de betaling van het saldo werd blijkbaar spontaan opheffing verleend zodat dit deel van de vordering doelloos was geworden. De vordering tot schadevergoeding tegen de ontvanger werd door de beslagrechter deels gegrond verklaard. In het vonnis alvorens recht te doen van 26 januari 1993, besliste de beslagrechter dat de ontvanger niet kon staande houden dat hij niet had geweten dat de aanslag manifest onjuist was; dat hij opdracht had gegeven tot verdere uitvoering voor een som die buiten elke verhouding stond met de kosten die de uitvoering zou meebrengen wetende dat het allemaal berustte op een foutieve aanslag; dat, zelfs zo de ontvanger beschikte over een toen rechtsgeldige titel, de tenuitvoerlegging als onrechtmatig moest worden beschouwd rekening houdend met de concrete kennis van de ontvanger.

2. Het hof besluit eveneens tot de aansprakelijkheid van de fiscale administratie. Het oordeelt dat de uitoefening van het recht voor een schuldeiser om als middel van tenuitvoerlegging beslag te leggen doelgebonden is, welk doel volgens het hof lijkt te zijn «het legitiem streven van de schuldeiser om hem zijn materiële aanspraak metterdaad te bezorgen», t.a.v. een «onwillige, nalatige, illiquide of onvoldoende solvabele schuldenaar». Het hof beschouwt evenwel als een uitzondering op dit beginsel «misbruik van de beslagrechten»: het is niet voldoende dat de uitvoeringsmaatregel past bin-

nen de perken door de wet gesteld; hij mag evenmin «de perken van de redelijkheid» te buiten gaan. Het hof overweegt dat de verplichting van de ontvanger om tot inning van de uitvoerbaar verklaarde belastingkohieren te komen, hem er niet van ontslaat om er zich vooraf van te vergewissen of de schuldenaar t.a.v. wie hij een uitvoerende beslagmaatregel overweegt, al dan niet onwillig, nalatig of onvermogen is.

In zoverre het hof aldus zulk voorafgaande vergewissen als algemeen beginsel zou vooropstellen t.a.v. de schuldeiser die nochtans over een uitvoerbare titel beschikt, is dit m.i. voor betwisting vatbaar. Het is weliswaar niet ongebruikelijk dat na een gerechtelijke uitspraak de (raadsman van de) partij die de veroordeling heeft verkregen, een afrekening stuurt met de hoop vooralsnog een spontane regeling te bereiken, maar een algemene verplichting daartoe zie ik evenwel niet.

Te dezen ging aan het beslag een exploit van dwangbevel vooraf, dat van dien aard moest zijn dat het uitwees of de schuldenaar al dan niet onwillig of nalatig was. Het dwangbevel werd gevolgd door een betaling van de belasting en de kosten van het exploit; volledig onwillig of nalatig was de schuldenaar derhalve niet. Een eventuele fout van de ontvanger diende dan ook door het hof in een verder stadium te worden gezocht. Het hof leidt, net als de eerste rechter, uit een aantal elementen van de zaak af dat de ontvanger wist dat de uitvoerbaarverklaring van het belastingkohier op een vergissing berustte. Is de ware fout van de ontvanger dan ook niet tot beslag te hebben laten overgaan hoewel hij wist dat hij niet over een «deugdelijke» titel beschikte – motivering van de beslagrechter – eerder dan, zoals het hof doet, het afleiden uit een niet reageren door de schuldenaar op een nieuwe afrekening, dat deze onwillig of nalatig was.

3. Dirix en Broeckx (*Beslag*, in *A.P.R.*, 1992, nr. 38) hebben het ook over het onderscheid tussen het misbruik van beslagrecht en de problematiek rond de titel. Wat de «doelgebondenheid» van het uitvoerend beslagrecht betreft, stellen zij (*a.w.* nr. 37) dat dit recht aan geen ander doel verbonden is dan de bevrediging van de eigen belangen van de schuldeiser; wanneer geen vrijwillige betaling volgt, wordt de schuldeiser genoopt om tot uitwinning over te gaan; hierbij doet hij niets anders dan zijn algemeen pandrecht op het vermogen van zijn schuldenaar uitoefenen. Voormelde auteurs zijn terecht van oordeel dat de rechter bij de toetsing van de wijze waarop die bevoegdheid wordt uitgeoefend «de grootste terughoudendheid» aan de dag moet leggen (*a.w.*, nr. 36); de toetsing kan slechts marginaal zijn: misbruik kan slechts worden aangenomen wanneer hierover tussen redelijke mensen geen betwisting kan bestaan (*a.w.*, nr. 37). Zo is er een abusieve uitoefening wanneer het beslag onmogelijk kan strekken tot voldoening van de schuldeiser (*a.w.*, nr. 38; zie, t.a.v. rechtsmisbruik bij bewarend beslag, Carette, A., noot onder Antwerpen, 17 september 1991, *R.W.*, 1991-92, (958) 960-961).

Het zich vergewissen van het al dan niet onwillig of nalatig zijn van de schuldenaar is één zaak; het nagaan van een eventueel onvermogen is een nog heel andere. Het is vaak de gerechtsdeurwaarder die, op vraag van zijn opdrachtgever, of zelfs op eigen initiatief, nagaat of de schuldenaar voldoende vermogen is om een succesvolle tenuitvoerlegging te verhoppen, dat is in het belang van de schuldeiser, die anders geconfronteerd dreigt te worden met niet verhaalbare kosten. Een grond om zulk nagaan tot verplichting te verheffen t.a.v. de schuldenaar, zie ik evenwel niet.

Andere vragen – hier niet aan de orde – zijn de eventuele aansprakelijkheid van de gerechtsdeurwaarder t.a.v. zijn opdrachtgever om belangrijke uitvoeringskosten te hebben gemaakt ten laste van een insolvable schuldenaar (zie Broeckx, K., «De aansprakelijkheid van de gerechtsdeurwaarder bij de executie van een vonnis», noot onder Antwerpen, 27 februari 1991, *R.W.*, 1991-92, (719), 721, nr. 6) en de aansprakelijkheid t.a.v. de schuldenaar voor de belangrijke van deze kosten (zie *Overzicht*, nr. 77, 108-111).

4. De beslagrechter had in voormeld vonnis van 26 januari 1993 de debatten heropend onder meer teneinde de partijen de zaak in staat te laten stellen wat de gevorderde schadevergoeding betreft. De verzetdoende echtgenoten vorderden blijkbaar in fine 125.000 fr. De beslagrechter kende ex aequo 50.000 fr. toe voor de materiële schade (de noodzaak de bijstand te vragen van een raadsman; de materiële schade als gevolg van de beweerdte vroegtijdige onderbreking van een vakantieverblijf in Frankrijk werd niet bewezen geacht) en 30.000 fr. voor de morele schade (de naam en faam van de echtgenoten werd in opspraak gebracht, niet alleen officieel via de beslagberichten, maar ook bij kennissen en burens; er zijn ook de psychische druk en de beslommingen die een beslag meebrengt).

Het hof kende een enig bedrag in billijkheid toe van 45.000 fr. in hoofdsom, ter vergoeding van de beslommingen en het verlies van aanzien in de burenskring, en het moeten onderbreken van een vakantieverblijf, een feit dat niet betwist werd maar waaromtrent evenwel geen becijferde gegevens verstrekt werden. De kosten van verdediging in rechte werden niet in aanmerking genomen door het hof, dat zich aldus aansloot bij de gangbare rechtspraak (zie betreffende deze problematiek: Laenens, J., «Kan een partij veroordeeld worden tot betaling van het ereloon van de advocaat van de tegenpartij?», noot onder Vred. Sint-Gillis, 1 oktober 1985, *T. Vred.*, 1987, 53; Linsmeau, J., «La répétibilité des honoraires d'avocat», *R.G.A.R.*, 1992, nr. 12043; zie ook A. Van Eevelen, noot onder Cass., 7 april 1995, *R.W.*, 1995-96, 188).

5. De vordering tot schadevergoeding tegen de gerechtsdeurwaarder werd afgewezen in eerste aanleg. De beslagrechter overwoog dat de opdracht tot het instellen van gerechtelijke vervolgingen een doorlopende opdracht is die eindigt bij de integrale vereffening van de gevorderde schuld in hoofdsom, interesten en kosten en dat de gerechtsdeurwaarder te dezen klaarblijkelijk binnen de perken van zijn opdracht had gehandeld. De hem verweten quasi-delictuele fout – bijna alle goederen die waarde hadden in beslag te hebben genomen terwijl de sommen waarvoor beslag werd gelegd minimaal waren – werd verworpen (zie betreffende de eventuele aansprakelijkheid van de gerechtsdeurwaarder voor een wanverhouding tussen het bedrag van de schuld en de genomen maatregelen: *Overzicht*, 103-105, nr. 73). De beslagrechter oordeelde dat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen het exploit van beslag en het proces-verbaal van weghaling; dat immers niet alle in beslag genomen goederen hoeven te worden verkocht; dat slechts wanneer buiten alle verhoudingen met het verschuldigde, de in beslag genomen goederen zouden worden weggehaald om verkocht te worden, het criterium van de algemene zorgvuldigheidsplicht zou kunnen worden gehanteerd (zie wat de mogelijkheid betreft beslag te leggen op gans de inboedel, waarbij wel de verkoop krachtens art. 1527 Ger.W. beperkt moet blijven tot wat nodig is voor de betaling van de verschuldigde som-

men en kosten; *Overzicht*, 100, nr. 70, en noten 3 en 4; de beslagrechter te Brussel lijkt de weghaling reeds te assimileren met de verkoop, wat verder gaat dan de bepaling van art. 1527 Ger.W. en ook een praktische moeilijkheid meebrengt nu de deurwaarder bij de ophaling niet kan weten wat de verkoop zal opbrengen; indien na gedeeltelijke weghaling zou blijken dat de opbrengst onvoldoende is, zouden belangrijke bijkomende kosten van weghaling en nieuwe verkoop gemaakt moeten worden, wat niet aannemelijk lijkt).

Na het hoger beroep van de ontvanger, tekenden de echtgenoten eveneens hoger beroep aan t.a.v. de gerechtsdeurwaarder, voor het geval de Belgische Staat hem de aansprakelijkheid in de schoenen zou schuiven, hetgeen evenwel niet gebeurde; de echtgenoten verklaarden voor het hof zich neer te leggen bij de afwijzing van hun eis tegen de deurwaarder en deze vordering derhalve «niet gestand» te doen.

Het hof diende het optreden van de gerechtsdeurwaarder dan ook niet meer te beoordelen; toch bevat het arrest enkele overwegingen dienaangaande, nl. bij de bespreking van de tegenvordering tot schadevergoeding uitgaande van de gerechtsdeurwaarder op grond dat hij lichtvaardig gedagvaard was. De echtgenoten lieten, bij het verweer tegen deze vordering, o.m. gelden dat de deurwaarder niet vrijuit ging, getuigd op de concrete omstandigheden waarin het beslag werd gelegd, hetgeen het hof ertoe bracht te overwegen dat art. 517 Ger.W. (de verplichting tot ambtsverlening) niet impliceert dat de gerechtsdeurwaarder verplicht is zijn ambt uit te oefenen in alle omstandigheden waarin hij daarom wordt verzocht en dat hij daar met name niet toe gehouden is wanneer hij aldus zou participeren aan rechtsmisbruik; dat hij integendeel zijn medewerking moet weigeren wanneer hij van zulk een misbruik kennis heeft of daaromtrent redelijkerwijs niet onwetend kan zijn.

6. De gerechtsdeurwaarder mag zijn ambt weigeren om wettige redenen of op grond van een geldig motief, zoals het weigeren tot tenuitvoerlegging over te gaan op basis van een niet regelmatige of niet uitvoerbare titel (zie *Overzicht* 144, nr. 103, alsmede de rechtspraak aangehaald in nr. 72). De gerechtsdeurwaarder die evenwel ten onrechte zijn ambt weigert, stelt zich bloot aan een aanspraak van de kant van zijn opdrachtgever (zie voor een aldus beslecht geval: *Overzicht*, 144, nr. 103, en de noten 11-13, en voor een niet beslecht geval: 157, nr. 113, en noot 21). De deurwaarder die daarentegen zijn ambt verleent, terwijl hij het zou hebben moeten weigeren, kan zijn aansprakelijkheid in het gedrang gebracht zien door de partij aan wie is betekend. De deurwaarder kan zich immers niet op de ministerieplicht beroepen als vrij brief ten aanzien van een aangevoerde quasi-delictuele aansprakelijkheid; het feit zijn ambt te moeten verlenen, mag een naleving van de zorgvuldigheidsnorm niet beletten (zie: *Overzicht*, 145, nr. 103, met verwijzing in noot 14 naar een vonnis van dezelfde beslagrechter van Brussel van 13 september 1991, besproken in nr. 73 en noot 16; zie ook: E. DIRIX, «De gerechtsdeurwaarder in het executierecht», *De Gerechtsdeurwaarder*, 1994, 2 e.v.).

7. Zo misbruik inzake beslagrecht reeds met de «grootste terughoudendheid» moet worden beoordeeld (cf. supra, nr. 3) geldt a fortiori hetzelfde t.a.v. de beweerdte foutieve «deelname» door een gerechtsdeurwaarder aan zo'n misbruik. Komt het immers wel aan de deurwaarder toe te oordelen over het gedrag van zijn opdrachtgever om, indien het in zijn ogen rechtsmisbruik uitmaakt, zijn ambt te weigeren, wat

hem dan eventueel blootstelt aan een vordering wegens ambtsweigering? Het kwalificeren van een gedrag als rechtsmisbruik of niet, lijkt mij een prerogatieve van de rechterlijke macht te zijn. Anderzijds is niet bij voorbaat bekend of de derde al dan niet rechtsmisbruik zal aanvoeren en daar ook een vordering op zal gronden. Wanneer naderhand in rechte beslist wordt dat er wel degelijk rechtsmisbruik is, kan dan aan de deurwaarder wel verweten worden zijn medewerking, ten onrechte, niet te hebben geweigerd?

Een soortgelijk probleem doet zich voor wanneer n.a.v. een beslaglegging aan de gerechtsdeurwaarder gemeld wordt dat de goederen die hij van plan is in beslag te nemen, niet aan de schuldenaar toebehoren. De deurwaarder mag toch beslag leggen, oordelend dat hij geen rechter is over het eigendomsrecht en dat het hem niet toekomt de rechtsgeldigheid en de bewijskracht van eventueel voorgebrachte stukken te beoordelen (zie betreffende de aansprakelijkheid van de gerechtsdeurwaarder in dezen: *Overzicht*, nrs. 84-90). Wel is meermaals beslist dat de deurwaarder niet in beslag mag nemen wat klaarblijkelijk, na summier onderzoek, zeker niet toebehoort aan de schuldenaar (zie wat de plichten van de deurwaarder betreft t.a.v. het nazien van het eigendomsrecht: nr. 91). Het beoordelen van het eigendomsrecht in het licht van een «evident niet toebehoren aan» lijkt erg delicaat; terecht stelden Dirix en Broeckx (*a.w.*, nr. 519) dat de rechterlijke toetsing van het optreden van de gerechtsdeurwaarder in dezen met een zekere terughoudendheid beoordeeld moet worden. Hetzelfde geldt m.i. bij de beoordeling van een beweerdte «foutieve deelname» aan rechtsmisbruik. Ook hier is hoogstens plaats voor marginale toetsing (supra, nr. 3).

Uit de motieven van het arrest blijkt dat het hof het optreden van de gerechtsdeurwaarder niet lijkt goed te keuren. Nochtans beschikte deze laatste over een uitvoerbare titel en een uitdrukkelijke opdracht om beslag te leggen, en was er niettegenstaande de betaling volgend op het bevelexploot, nog een, weliswaar klein, saldo verschuldigd. Het kwam niet aan de deurwaarder toe de rechtmatigheid van de titel te beoordelen; het feit dat, na zijn bevelexploot, de hoofdsom en de kosten van dit exploot werden betaald, moest hem er niet eens toe brengen zich daarover enige vraag te stellen (wie een titel zou betwisten, betaalt toch niet). De gerechtsdeurwaarder moet noch kan weigeren een uitvoerend beslag te leggen op grond dat het verschuldigde bedrag naar zijn oordeel te gering is om zulk een maatregel te rechtvaardigen.

Het hof merkt op dat de dochter van de echtgenoten, die aanwezig was bij de beslaglegging, wees op de gedane betaling doch «afgescheept» werd met het argument dat betaling niet werd bewezen. Deze betaling belette evenwel niet dat er nog een saldo overbleef en de beoordeling van het optreden van de beslagleggende deurwaarder betrof overigens niet eens de in zake zijnde deurwaarder, maar wel een confrater die «loco» hem het beslagexploot had betekend. Als ministeriële ambtenaar handelt de gerechtsdeurwaarder onder zijn persoonlijke aansprakelijkheid; wanneer meerdere deurwaarders optreden, moet hun gedrag, in een quasi-delictueel kader, afzonderlijk worden beoordeeld; tussen hen bestaat ook geen band van ondergeschiktheid (zie betreffende dit alles: *Overzicht*, nr. 58).

De beslagrechter had de tegenvordering van de gerechtsdeurwaarder tegen de betrokken echtgenoten gegrond verklaard en de gevorderde 50.000 fr. toegekend. Terecht was de

beslagrechter van oordeel dat het feit dat de hoofdvordering tegen de gerechtsdeurwaarder ongegrond werd bevonden, niet ipso facto inhield dat deze vordering tergend of roekeloos was. De beslagrechter voegde er evenwel aan toe dat de hoofdeisers zich dienden te gedragen als «goede huisvader» in hun verweer tegen de gemaakte tenuitvoerlegging. De wijze waarop dit gebeurde, werd als laakbaar beschouwd: reeds vanaf het begin van de procedure was niet duidelijk welke fout de gerechtsdeurwaarder werd verweten, zodat de vordering als onzorgvuldig ingesteld moest worden beschouwd. De beslagrechter voegde er een voor de gerechtsdeurwaarders belangrijke beschouwing aan toe: «Gerechtsdeurwaarders moeten ook de mogelijkheid kunnen behouden hun ambt uit te oefenen zoals de wetgever deze heeft voorzien, zonder telkens persoonlijk te worden gedagvaard op ongegronde wijze.»

De beslagrechter wilde aldus wellicht opkomen tegen de tendens – die bij de beslagrechters beter bekend is dan bij de hoven van beroep die maar van een beperkt aantal zaken kennis nemen – om in geval van verzet tegen een beslag of van revindicatie, ook de deurwaarder te dagvaarden, zonder eigenlijke reden, minstens zonder opgave van deugdelijke motivering (cf. *Overzicht*, 3, nr. 4 onderaan, waar ik schreef dat de reactie van de gerechtsdeurwaarders niet op zich heeft laten wachten: zij repliceren met een tegeneis wegens tergend en roekeloos geding, en dit met een stijgend succes; zie de bespreking van de rechtspraak daarover: *Overzicht*, nrs. 115-118).

Het hof is daarentegen van oordeel dat de tegeneis ten onrechte werd ingewilligd: de oorspronkelijke eisers konden ten tijde van hun verzet niet evident uitmaken of de deurwaarder al dan niet kennis droeg van de feitelijke gegevens die het hem mogelijk maakten redelijkerwijs te beoordelen of hij met zijn optreden al dan niet zou participeren aan rechtsmisbruik. Als dit zo was, dienden de eisers zich er van te onthouden op ongemotiveerde wijze de deurwaarder van meetaf bij de zaak te betrekken: men dagvaardt iemand op grond van bepaalde motieven (cf. trouwens het vereiste tot opgave van de middelen bepaald in art. 702, 3°, Ger.W.), en niet wanneer met nog niet «evident kan uitmaken» of men daartoe al dan niet een reden heeft.

Indien de betrokken echtgenoten het optreden bij het beslag zelf aan de zaak wilden stellen, dienden zij de instrumenterende deurwaarder aan te spreken en niet die namens wie «loco» werd opgetreden (supra nr. 6).

Het hof is van oordeel dat tergend en roekeloos gedrag bij de oorspronkelijke eisers niet werd bewezen; dit was ook reeds het standpunt van de beslagrechter, die evenwel een onzorgvuldig handelen aannam, wat ten onrechte anders werd beoordeeld door het hof.

Januari 1996

Paul Depuydt

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

1e KAMER – 3 NOVEMBER 1995

Voorzitter: de h. Taelman

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Vervecken en Haesaerts

Advocaten: mrs. Demaseure en Smedts

Taalgebruik – Gerechtszaken – Sociale zaken – Brussel – Ondernemingsraad en veiligheidscomité – Personeelsafgevaardigde – Ontslag – Dringende reden

De werkgever met exploitatiezetel te Brussel die het voornemen heeft een (kandidaat-)personeelsafgevaardigde te ontslaan om een dringende reden, moet bij het opstellen van de aangetekende brief, gericht aan de werknemer en zijn organisatie, de taal gebruiken die hem wordt opgelegd door de Taalwet Bestuurszaken. Het verzoekschrift dat de zaak aanhangig maakt bij de voorzitter van de arbeidsrechtbank, moet daarentegen worden opgesteld volgens de voorschriften van de Taalwet Gerechtszaken.

De M. t/ N.V. S.

Overwegende dat de appellant sedert 1969 in dienst is van de N.V. S., dat hij tewerkgesteld is in de hoedanigheid van bediende op de technische dienst van de verkoopsafdeling te Anderlecht;

dat hij in het kader van de sociale verkiezingen door zijn vakorganisatie, hier betrokken partij, voorgedragen werd als kandidaat-personeelsafgevaardigde; dat hij als dusdanig, ook al werd hij niet verkozen, het statuut van beschermd personeelslid heeft;

Overwegende dat de N.V. S., geïntimeerde, bij aangetekende brief van 31 mei 1995 haar werknemer, thans appellant, ervan in kennis stelde dat zij het voornemen had hem om een dringende reden te ontslaan; dat de hem ten laste gelegde feiten in de aangetekende brief nader omschreven werden; dat terzelfder tijd zijn betrokken vakorganisatie, de C.N.E., bij aangetekende brief hiervan op de hoogte werd gebracht; dat beide aangetekende brieven in het Frans werden opgesteld;

dat, om te voldoen aan het bepaalde in artikel 4, § 1, in fine, van de reeds genoemde wet van 19 maart 1991, de geïntimeerde bij verzoekschrift van dezelfde datum zijn zaak aanhangig heeft gemaakt bij de voorzitter van de Arbeidsrechtbank te Brussel, en aldus de procedure heeft opgestart, ingesteld in de gezegde wet houdende de bijzondere ontslagregeling voor de personeelsafgevaardigden en voor de kandidaat-personeelsafgevaardigden; dat ook dit verzoekschrift in het Frans werd gesteld;

Overwegende dat ter zitting van 14 juni 1995 door de voorzitter van de arbeidsrechtbank vastgesteld werd dat geen verzoening mogelijk was; dat tevens akte verleend werd aan partijen van het door appellant gemaakte voorbehoud in verband met de hiertoe aangewende taal van de rechtspleging; het gedinginleidende verzoekschrift werd in het Frans opgesteld; de daaropvolgende dagvaarding, welke dateert van 13 juni 1995, gebeurde in het Nederlands;

Overwegende dat alle verdere akten in het Nederlands werden gesteld;

dat uiteindelijk bij het bestreden vonnis van 29 augustus 1995 de vordering ontvankelijk werd verklaard en gegrond; dat voor recht gezegd werd dat, met toepassing van de Beschermingswet van 19 maart 1991, de litigieuze feiten een dringende reden uitmaken, zodat de arbeidsovereenkomst van verweerder, thans appellant, beëindigd kan worden zonder opzeggingstermijn of vergoeding.

Overwegende dat appellant voor de eerste rechter had geponeerd dat het verzoekschrift van 31 mei 1995 nietig is we-

gens schending van de wet op het gebruik der talen in gerechtszaken, en dat het dus de termijn van drie dagen, gesteld in artikel 4, § 1, van de wet van 19 maart 1991, niet kon stuiten; dat hij aldus tot het besluit kwam dat de vordering als ontoelaatbaar moest worden afgewezen;

dat hij dan ook aan de eerste rechter verwijt de vordering niettemin ontvankelijk te hebben verklaard en het Hof erom verzoekt het vonnis op dit punt en op grond van de door hem aangevoerde argumenten teniet te doen;

...

Overwegende dat de redenering van de eerste rechter gedeeltelijk dient te worden ingevolg;

dat het juist is dat de aangetekende brief van 31 mei 1995 aan appellant in het Frans diende te worden opgesteld, dit overeenkomstig artikel 52, § 1, van het K.B. van 18 juli 1966 houdende coördinatie van de wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken; dat de exploitatiezetel van het bedrijf inderdaad gevestigd is in Brussel-Hoofdstad, terwijl de betrokken werknemer, naar eigen zeggen, een franssprekend personeelslid is;

dat het evenzo juist is dat er twee onderscheiden verwerende partijen zijn, namelijk appellant gedomicilieerd in het Vlaamse Gewest en de vakbond met zetel in de Brusselse agglomeratie;

dat de eerste rechter ook terecht oordeelt dat « het verzoekschrift dat een procedureakte uitmaakt, opgesteld dient te worden in de taal bepaald bij de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken »;

Overwegende daarentegen dat het onjuist is te beweren dat:

– nu de aangetekende brieven van 31 mei 1995, op straffe van nietigheid, in het Frans opgesteld dienden te worden, ook het gelijktijdige verzoekschrift in het Frans mocht worden opgesteld;

– nu verweerder woonachtig is in een Vlaamse gemeente, terwijl tweede verweerder gevestigd is in de Brusselse agglomeratie, de gedinginleidende akte naar keuze in het Frans of in het Nederlands kon plaatsvinden, en evenzo de latere dagvaarding;

– de Beschermingswet voorziet in twee afzonderlijke procedures, de eerste vastgelegd in de artikelen 4 en 5, de tweede vervat in de artikelen 6 en 7, elk afzonderlijk vallende onder de toepassing van de wet van 15 juni 1935, hetgeen het voor de oorspronkelijke eiseres mogelijk moest maken uit te leggen waarom het inleidende verzoekschrift in het Frans werd opgesteld, en de latere procedure in het Nederlands, zonder dat een vonnis tot taalwijziging was geweest;

Overwegende dat, ongeacht de taal waarin de aangetekende brieven dienden te worden opgesteld, eiseres zich bij het inleiden van de procedure diende te houden aan wat de taalwetgeving in gerechtszaken oplegt;

dat het door appellant aangehaalde cassatiearrest van 20 februari 1984 (*J.T.T.*, 1984, 395; in dezelfde zin: Cass., 28 maart 1985, *J.T.*, 1985, 684) hieromtrent terecht zegt: « Wanneer één of meer verweerders in de Brusselse agglomeratie wonen terwijl een verweerder in een hetzij Waalse hetzij Vlaamse gemeente woont, moet de gedinginleidende akte opgesteld worden in de taal van de woonplaats van die verweerder krachtens artikel 4, § 1, van de wet van 15 juni 1935 »;

dat dit zonder meer betekent dat het inleidende verzoekschrift van 31 mei 1995 in het Nederlands diende te worden

opgesteld, nu de heer De M. oorspronkelijk verweerder, zijn woonplaats heeft in een Vlaamse gemeente;

dat de omstandigheid dat de aangetekende brieven van dezelfde datum in het Frans dienden te worden gesteld, hieraan geen afbreuk doet; dat zulks noodzakelijk en nuttig kon worden verholpen door diezelfde brieven aan het verzoekschrift toe te voegen, vergezeld van een Nederlandse vertaling;

dat, voor zover nodig en in strijd met wat de geïntimeerde beweert, de Beschermingswet geenszins in twee afzonderlijke procedures voorziet; dat het verzoekschrift opgelegd bij artikel 4, § 1, van de wet van 19 maart 1991, de gedinginleidende akte voor de arbeidsrechtbank uitmaakt, gevolgd door de onderscheiden procedureakten als in dezelfde wet nader omschreven;

Overwegende dat, gelet op het vorenstaande, appellant terecht stelt dat het gedinginleidende verzoekschrift nietig is wegens schending van de wet op het gebruik der talen in gerechtszaken;

dat dit meebrengt dat het in het Frans gestelde verzoekschrift van 31 mei 1995 als niet bestaande moet worden beschouwd;

dat de geïntimeerde aldus geacht moet worden de modaliteiten, de termijnen van kennisgeving en de vermeldingen die artikel 4 van de Beschermingswet oplegt, voorgeschreven op straffe van nietigheid, niet te zijn nagekomen;

dat dit onvermijdelijk leidt tot de ontoelaatbaarheid van de aanhangig gemaakte vordering;

...

NOOT – Voor een overzicht van de (niet-gepubliceerde) rechtspraak van de Brusselse arbeidsgerechten in dezen, zie De Keyser, P. en Fabry, S., « La protection contre le licenciement des délégués du personnel et des candidats. Premier bilan de la loi du 19 mars 1991 », *J.T.T.*, 1994, 345-346.

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

2e KAMER – 20 NOVEMBER 1995

Voorzitter: mevr. Homans

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Magerman en Schrijvers

Advocaten: mrs. Van Goethem en Nelis

Arbeidsovereenkomst – Ontslag – Dringende reden – Kennisgeving – Nauwkeurigheid – Ontbinding wegens wanprestatie – Buitengerechtelijke ontbinding – Art. 1184 B.W. – Verenigbaarheid

De buitengerechtelijke ontbinding van een arbeidsovereenkomst wegens voldoende ernstige wanprestatie van de werknemer, die, volgens de werkgever, gelijktijdig plaatsvond met een ontslag om een dringende reden, is onverenigbaar zowel met art. 1184 B.W., dat vereist dat de ontbinding wegens wanprestatie door de rechter wordt uitgesproken, als met de specifieke wettelijke ontslagregeling om dringende redenen in art. 35 W.A.O.

N.V. H. t/ E.

1. Geïntimeerde trad, volgens hem, op 16 mei 1969, en volgens appellante in 1975 in dienst van appellante. Hij oefende de functie uit van algemeen directeur.

2. Met aangetekend schrijven van 16 maart 1995 wordt geïntimeerde wegens een dringende reden ontslagen.

Dit schrijven luidt als volgt: «(...) Naar aanleiding van eerdere gesprekken met u bevestigen wij hierbij dat wij met onmiddellijke ingang uw dienstverband met H. N.V. verbreken, om zeer dringende redenen. – De redenen hebben wij u in een persoonlijk gesprek op maandag 13 maart jl. in O. ruim uiteengezet. Bij dit gesprek waren behalve u, aanwezig de heren E. en V. – Wij sommen u de eigendommen van H. N.V. welke u gebruikt, waaronder uw auto, telefoon, sleutels, etc., etc., per ommegaande bij het kantoor van H. N.V. terug te bezorgen. – De toegang tot het kantoor van H. N.V. is u hierbij ontzegd. Ook verbieden wij u op enigerlei wijze gebruik te maken van faciliteiten van H. N.V. – Voor alle duidelijkheid vermelden wij dat wij in dezen handelen als 100 % eigenaar van de aandelen van H. N.V.»

Tussen partijen bestaat geen betwisting over het feit dat dit ontslag, uitgaande van de «B. B.V.» te A., door de bevoegde organen van appellante bevestigd werd.

5. Bij conclusie, neergelegd op de inleidingszitting van 19 juni 1995, vraagt geïntimeerde de rechtbank om met toepassing van artikel 735 van het Gerechtelijk Wetboek in een kort debat provisioneel uitspraak te doen over een minimumopzeggingsvergoeding van 18 maanden, berekend op basis van een anciënniteit van 25 jaar en een jaarloon zonder bijkomende voordelen, of een bedrag van 2.528.385 fr.; en de zaak met betrekking tot de definitieve opzeggingsvergoeding, de pro rata premie eindejaar 1995, vermeerderd met het vertrekvakantiegeld, en de tegeneis naar de bijzondere rol te verwijzen.

6. De rechtbank beslist op dit verzoek in te gaan en kent bij vonnis van 26 juni 1995, rekening houdend met de door appellante erkende anciënniteit van 20 jaar en een jaarloon zonder voordelen, geïntimeerde provisioneel een minimumopzegtermijn toe gelijk aan 15 maanden loon of 2.106.987 fr., te vermeerderen met de wettelijke interest vanaf 16 maart 1995 en de gerechtelijke interest vanaf 2 juli 1995 op het netto-opeisbare bedrag.

Voor het overige, m.b.t. het definitieve bedrag van de opzeggingsvergoeding, de vordering tot betaling van de pro rata premie eindejaar 1995, vermeerderd met het vertrekvakantiegeld, en de tegenvordering wordt de zaak naar de bijzondere rol verwezen.

Het zal ook effectief door geïntimeerde worden uitgevoerd, met kantonnement.

A. Het ontslag wegens dringende reden

Geïntimeerde werpt o.m. op dat het ontslag wegens een dringende reden van 16 maart 1995 niet rechtsgeldig is, daar de aangevoerde reden niet nauwkeurig is aangegeven.

De dringende reden moet in de kennisgeving zodanig worden omschreven dat, enerzijds, de ontslagen partij op de hoogte wordt gebracht van wat haar juist verweten wordt, zodat zij zich efficiënt kan verdedigen, en dat, anderzijds, de rechter kan nagaan of de reden die voor hem wordt aange-

voerd dezelfde is als die welke aan de ontslagen partij betrekend werd en hij de ernst van de aangevoerde reden kan beoordelen (Cass., 27 februari 1978, *R. W.*, 1978-79, 331).

De dringende reden wordt als volgt in de ontslagbrief van 16 maart 1995 aangegeven: «De redenen hebben wij u in een persoonlijk gesprek op maandag 13 maart jl. in O. ruim uiteengezet – Bij dit gesprek waren behalve u, aanwezig de heren E. en V.»

Deze «redengeving» voldoet geenszins aan het vereiste van precisie en nauwkeurigheid zoals door het Hof van Cassatie nader toegelicht; er is zelfs geen sprake van enige kennisgeving van een reden.

De verwijzing naar een niet nader omschreven gesprek op een bepaalde plaats en datum, in aanwezigheid van bepaalde getuigen, is vanzelfsprekend niet voldoende.

Het ontslag wegens een dringende reden blijkt derhalve niet rechtsgeldig gegeven.

B. De ontbinding van de arbeidsovereenkomst

Dit middel wordt door appellante voor het eerst in haar verzoekschrift in hoger beroep opgeworpen.

Appellante zegt niet dat zij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor dit hof vordert;

Inderdaad, aangezien appellante zelf reeds de arbeidsovereenkomst op 16 maart 1995 beëindigd heeft, zou deze vordering zonder voorwerp zijn (cf. ook W. Rauws, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Reeks Sociaal Recht, blz. 559).

Appellante stelt echter wel dat haar brief van 16 maart 1995, naast een opzegging wegens een dringende reden, tevens als een ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een ernstige wanprestatie moet worden beschouwd.

De brief van 16 maart 1995 gold dus als een dubbele rechtshandeling, aldus nog appellante, met dit verschil dat er voor een ontbinding van de arbeidsovereenkomst, anders dan voor een ontslag wegens een dringende reden, geen vereisten zijn inzake bv. nauwkeurigheid in de kennisgeving van de verweten feiten of inzake tijdigheid (ook de tijdigheid van het ontslag wegens dringende reden was door geïntimeerde betwist).

Het hof dient evenwel vast te stellen:

a) allereerst dat in de brief van 16 maart 1995 geen sprake is van een ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Integendeel worden uitsluitend de volgende duidelijke termen gebezigd. «Wij bevestigen hierbij dat wij met onmiddellijke ingang uw dienstverband met H. N.V. verbreken, om zeer dringende reden»;

b) dat, vervolgens, de stelling van appellante kennelijk strijdig is met de uitdrukkelijke, niet mis te verstane wettekst van artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek, luidens welke een wederkerig contract, waarin de ontbindende voorwaarde al tijd stilzwijgend begrepen is, in het geval een van beide partijen haar verbintenis niet nakomt, niet van rechtswege ontbonden is. De partij jegens wie de verbintenis niet is uitgevoerd, kan de ontbinding van de overeenkomst vorderen met schadevergoeding. Dit moet in rechte (*en justice*) gebeuren;

c) dat, ten slotte, zo de zgn. eenzijdige ontbinding door sommige auteurs, (zoals S. Stijns in *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Maklu uitgevers, nr. 459) wordt verdedigd, en wel in spoedeisende geval-

len, teneinde verdere schade te beperken, en wanneer elke verdere uitvoering van de overeenkomst onmogelijk is geworden, dit door andere auteurs, (zoals o.m. W. Rauws in *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Reeks Sociaal Recht, blz. 498 e.v., en blz. 577 e.v.,) om verschillende redenen, waaronder o.m. strijdigheid met de uitdrukkelijke wettekst van artikel 1184 Burgerlijk Wetboek, hevig wordt bekritiseerd, en dat in elk geval de constructie van de «eenzijdige ontbinding» overbodig is inzake arbeidsovereenkomsten waar voor dringende redenen, zijnde ernstige tekortkomingen die elke verdere samenwerking tussen partijen onmogelijk maken, in artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet in een specifieke, onmiddellijke beëindigingswijze van de overeenkomst is voorzien, waarvan appellante overigens gebruik heeft gemaakt.

Het hof aanvaardt de brief van 16 maart 1995 dan ook niet als een zgn. eenzijdige ontbinding van de arbeidsovereenkomst door appellante ten nadele van geïntimeerde.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

BUREAU VOOR RECHTSBIJSTAND – 4 OKTOBER 1995

Voorzitter: de h. Van Orshoven

Openbaar ministerie: mevr. Le Page

Advocaat: mrs. Rogiest loco Van Der Straten

Burgerlijke rechtspleging – Rechtsbijstand – Bureau voor rechtsbijstand – Bevoegdheid – Strafzaken

Art. 675 Ger.W., dat een specifieke rechtspleging regelt voor het bureau voor rechtsbijstand, geldt niet in strafzaken. Het bureau voor rechtsbijstand is derhalve niet bevoegd om kennis te nemen van een verzoek strekkende tot het verkrijgen van een kosteloze kopie van een strafdossier met het oog op een vordering aanhangig voor de strafrechter.

N.

Verzoeker maakt aanspraak op de rechtsbijstand om zich door de griffie van deze rechtbank een kosteloze fotokopie te laten afleveren van het strafdossier betreffende feiten waarvoor hij vervolgd wordt voor een correctionele kamer van deze rechtbank.

Volgens een vaste rechtspraak zijn de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek tot regeling der rechtspleging, krachtens de autonomie van het strafrecht, niet toepasselijk op de rechtspleging in strafzaken. Bijgevolg is art. 675, dat de specifieke rechtspleging regelt voor het bureau voor rechtsbijstand, dan ook niet toepasselijk in strafzaken. Deze beperking van onze bevoegdheid, en van het toepassingsgebied der procedureregels uit het Gerechtelijk Wetboek, wordt op zichzelf niet aangevochten.

Ongetwijfeld houdt art. 671 Ger.W., zoals het Arbitragehof vaststelde in zijn arrest van 2 maart 1995, een schending in van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet doordat het in elk geval de rechtsbijstand uitsluit voor het verkrijgen van afschriften van stukken die een beklaagde in een strafproces nodig heeft om zijn verdediging voor te bereiden maar die niet dienen voorgebracht worden voor de rechter. De ver-

oordeling van dit artikel door het Arbitragehof brengt evenwel niet mee dat onze bevoegdheid, die – zoals hierboven uiteengezet – krachtens de wet beperkt is tot burgerlijke zaken, automatisch uitgebreid wordt tot strafzaken. Zo'n automatisme in strijd met de positieve wet zou slechts aangenomen kunnen worden indien er geen enkele andere instantie bestond tot wie de strafrechtelijk vervolgde zich kan wenden om de eerbiediging te vragen van zijn fundamenteel recht.

Art. 674, tweede lid, Ger.W. wijst echter de rechter voor wie de zaak aanhangig is aan om te beslissen over een verzoek om rechtsbijstand dat ingediend wordt nadat het geding is ingesteld. Het is trouwens die rechter die er, in het algemeen, dient op toe te zien dat de rechten van de verdediging gerespecteerd worden en die in de beste positie verkeert om daarover in concreto te oordelen. Het bureau wijst er immers op dat, naar het oordeel van het Arbitragehof, het niet kunnen beschikken over een kopie van het hele strafdossier voor een partij misschien een ongemak en een last betekent maar op zichzelf de essentie van het recht van verdediging niet aantast. Het Arbitragehof oordeelt slechts dat *in bepaalde gevallen* de onmogelijkheid om over afschriften van *essentiële stukken* van het strafdossier te beschikken de rechtzoekende kan verhinderen op nuttige wijze zijn argumenten te laten gelden. Het Hof oordeelt dan ook dat de wetgever «door in geen enkele hypothese – al was het maar door ze afhankelijk te maken van de *tussenkost van een rechter* die ze zou kunnen beperken tot *bepaalde stukken van het strafdossier* – voor de rechtzoekenden die rechtsbijstand genieten (...) de mogelijkheid te scheppen om gratis (...) het afschrift van de stukken van het strafdossier te verkrijgen, op een onevenredige wijze de uitoefening van de rechten van verdediging bemoeilijkt».

Van het bureau kan bezwaarlijk verwacht worden dat het er zich rekenschap van geeft of bepaalde stukken in een strafdossier zo essentieel zijn dat de beklaagde niet kan volstaan met de eenvoudige inzage van zijn dossier ter griffie maar over een fotokopie ervan moet kunnen beschikken.

ARBEIDSRECHTBANK TE BRUSSEL

12e KAMER – 10 NOVEMBER 1995

Voorzitter: mevr. Mauroy

Rechters in sociale zaken: de hh. Schamp en Cauwenberghs

Advocaten: mrs. Cools en Cauwe

Burgerlijke rechtspleging – Ontvankelijkheid – Dading – Art. 2052 B.W. – Tegenvordering

Een tussen de partijen gesloten dading belet de rechter kennis te nemen van een rechtsvordering die betrekking heeft op het geschil waaraan door de dading een einde is gemaakt. De niet-ontvankelijkheid van de hoofdvordering staat de ontvankelijkheid niet in de weg van een tegenvordering die geen verband houdt met de dading.

N.V. M. t/ V.

Verweerder stelt dat de vordering van eiseres onontvankelijk is omdat een dading op 17 september 1992 is gesloten.

De overeenkomst van 17 september 1992 kan inderdaad als een dading beschouwd worden:

– er was een geschil tussen de partijen: verweerder had een opzegtermijn van zes weken vooropgesteld terwijl eiseres daarmee niet akkoord kon gaan en een vergoeding eiste voor de, naar haar mening, te krappe opzegtermijn;

– er werd een einde gemaakt aan dit geschil: er werd overeengekomen dat eiser geen prestaties meer diende te leveren tot het einde van de opzegtermijn, met behoud van loon en voordelen, terwijl werd gepreciseerd «tot 12 december 1992»;

– er werden wederzijdse toegevingen gedaan: eiseres heeft de opzegtermijn, zoals gegeven door verweerder, aanvaard terwijl verweerder afzag van zijn recht verder te arbeiden gedurende de gehele duur van de opzeggingstermijn.

Art. 2052 B.W. bepaalt dat dadingen tussen partijen kracht van gewijsde hebben in hoogste aanleg.

Verweerder werpt bijgevolg een exceptie van dading op die een exceptie van gewijsde is. Door de kracht van gewijsde waarmee de overeenkomst van dading behept is, kan het geschil niet meer ter beoordeling aan de rechter worden gelegd. De hoofdvordering is bijgevolg niet ontvankelijk.

Door de kracht van gewijsde van de dading beschikt eiser niet meer over een rechtsvordering. De «rechtsvordering» is de mogelijkheid om de rechter van een geschil te adiëren. Wanneer de kennisneming van een geschil door de rechter niet meer mogelijk is, neemt de rechter ook niet rechtsgeldig kennis van de tussenvordering. Nu de hoofdvordering niet ontvankelijk is kan deze ook niet meer uitgebreid worden conform art. 807 Ger. W. De eisuitbreiding is aldus eveneens onontvankelijk.

In tegenstelling tot de eisuitbreiding, is de onontvankelijkheid van de hoofdvordering zonder gevolg voor de ontvankelijkheid van de tegenvordering (zie Fettweis, A., *Manuel de procédure civile*, Luik, 1987, nr. 560; Arbh. Bergen, 21 februari 1989, *Pas.*, 1989, II, 216; Brussel, 18 december 1986, *J.T.*, 1987, 126), omdat voor de tegeneis het vereiste van verbondenheid met de hoofdvordering niet bestaat. De tegeneis is dus ontvankelijk, zelfs nu de hoofdvordering niet ontvankelijk is.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE HASSELT

4e KAMER – 21 DECEMBER 1993

Voorzitter: de h. Beerten

Advocaten: mrs. Grouwels loco Monard en Franssen loco Van der Graesen

Internationaal privaatrecht – Koop – E.E.X.-verdrag – Haags Verdrag van 15 juni 1955 – Eenvormige Koopwet van 1 juli 1964

Bij ontstentenis van rechtskeuze verplicht art. 3 van het Haags Verdrag van 15 juni 1955 tot toepassing van de interne wet van het land van de gewone verblijfplaats van de verkoper; te dezen België. Aangezien art. 59 van de Eenvormige Koopwet van 1 juli 1964 bepaalt dat de koper de prijs moet betalen ter plaatse van de vestiging van de verkoper, is de rechtbank te Hasselt krachtens art. 5, 1°, E.E.X.-verdrag bevoegd om kennis te

nemen van de vordering tot betaling die de te Hasselt gevestigde verkoper instelt tegen de in Frankrijk gevestigde koper.

N.V. L. t/ S.A.R.L. V.

1. Verweerster koopt bij aanlegster een snijtafel voor glasbewerking aan voor een bedrag van 180.000 D.M. transport inbegrepen. Dit bedrag wordt op 18 april gefactureerd.

Daar verweerster het transport voor haar rekening zal nemen wordt er een bedrag van 5.715 D.M.; in mindering gebracht, hetgeen bij fax van 4 september 1990 wordt meege-deeld.

Aanlegster rekent vervolgens kosten aan voor het in werking stellen en de opslag van de snijtafel t.b.v. 9.889 D.M.

...

2. Verweerster werpt de territoriale onbevoegdheid van deze rechtbank op en stelt dat de rechtbank van koophandel te Nice bevoegd is.

Partijen zijn het eens dat het geschil in casu betrekking heeft op de internationale koop-verkoop van een roerend goed, zodat het Verdrag van 15 juni 1955 op de internationale verkoop van roerende lichamelijke zaken, dat in de Belgische rechtsorde is opgenomen (goedgekeurd bij wet van 21 september 1962) van toepassing is.

Art. 3 van dit verdrag bepaalt dat, bij gebrek aan een door partijen toepasselijk verklaarde wet, de koop beheerst wordt door de interne wet van het land waar de verkoper zijn gewoon verblijf heeft op het ogenblik waarop hij de order heeft ontvangen.

In casu heeft de verkoper de order ontvangen te Hasselt, plaats waar de maatschappelijke zetel is gevestigd, zodat de Belgische wet van toepassing is.

In zoverre de Belgische wet van toepassing is, zijn de bepalingen van het verdrag van 1 juli 1964, houdende een eenvormige wet inzake de totstandkoming van internationale koopovereenkomsten betreffende roerende lichamelijke zaken van toepassing, nu dit verdrag door België werd goedgekeurd bij wet van 15 juli 1970 (Van Hooghten, «Overzicht van de Belgische rechtspraak i.v.m. het verdrag houdende een eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken, ondertekend te Den Haag op 1 juli 1964», *T.B.H.*, 1987, 163).

Het onderhavige geschil heeft geen betrekking op de verbintenissen van aanlegster tot levering der aangekochte machines, maar op de verbintenis van verweerster het saldo ervan te betalen.

Art. 59 van het verdrag van 1 juli 1984 bepaalt dat de koper de prijs aan de verkoper moet betalen ter plaatse van diens vestiging of, bij gebreke daarvan, op diens gewone verblijfplaats.

Dit houdt in dat de verbintenis tot betaling uitgevoerd dient te worden in Hasselt.

Krachtens art. 5.1 EEX is het gerecht van de plaats waar de verbintenis, die aan de eis ten grondslag ligt, uitgevoerd moet worden, bevoegd.

Derhalve is de Rechtbank van Koophandel te Hasselt bevoegd om kennis te nemen van de vordering.

...

NOOT – De Eenvormige wet die door de rechtbank werd toegepast, is *niet* de Eenvormige wet inzake de totstandkoming van internationale koopovereenkomsten betreffende

roerende lichamelijke zaken, zoals het vonnis stelt, maar wèl de Eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken. Deze Eenvormige Koopwet werd eveneens ingevoerd door een Verdrag van Den Haag van 1 juli 1964 (W.15 juli 1970, *B.S.*, 14 januari 1971).

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE KORTRIJK

1e KAMER – 16 FEBRUARI 1995

Voorzitter: de h. Gyselinck

Advocaten: mrs. Van der Jeught en Callewaert

Overeenkomst – Koop – Gebrekkige levering – Bewijslast en bewijsrisico

De koper heeft in beginsel de verplichting om bewijs te verzamelen omtrent de staat van de zaak en om daartoe zo nodig aan te sturen op een deskundigenonderzoek. Indien dit bewijs onmogelijk is geworden door het verzuim van de koper, dan draagt deze partij daarvan het bewijsrisico.

B.V.B.A. S. t/ N.V. C.

Met dagvaarding van 25 mei 1990 vroeg de eiseres de veroordeling van de verweerster tot de betaling van 264.136 F m.b.t. 4 facturen uit 1990 wegens levering van aandrijfriemen, te vermeerderen met de wettelijke, respectievelijke de gerechtelijke rente, alsook de verwijzing van de verweerster in de kosten van het geding.

...

De verweerster heeft opgeworpen dat de door de eiseres geleverde aandrijfriemen van geringere kwaliteit waren dan die welke ze tot dan toe geleverd kreeg en wel in die mate dat ze gerechtigd is 50 % prijsvermindering te eisen.

...

De aangestelde deskundige heeft zijn definitief verslag afgesloten met de wettelijke eedformule en heeft het op de griffie ingediend op 9 december 1992. Hij verklaart zijn opdracht niet te hebben kunnen uitvoeren bij gebrek aan identificatie van de voorgelegde monsters.

...

De deskundige kreeg als opdracht de aandrijfriemen waaromtrent de verweerster reclameert, voorafgaandelijk te «identificeren». De verweerster heeft volgens zijn vaststellingen bij zijn eerste plaatsbezoek twee soorten niet geïdentificeerde noch identificeerbare monsters getoond welke door de eiseres niet werden erkend. Ongeacht de vraag of de voorgelegde monsters al dan niet afkomstig zijn van de eiseres, wat de deskundige niet heeft kunnen vaststellen, blijft dat hoe dan ook niet meer kan worden vastgesteld dat de voorgelegde monsters behoren tot de riemen waarop de betwiste factuur van 19 februari 1990 betrekking heeft en niet op andere.

Het valt op dat de verweerster niet alleen het grootste deel van de riemen heeft doorverkocht ondanks kennis van de beweerdte niet-conformiteit, welke ze hoe dan ook als professionele verkoper hoorde te hebben vastgesteld, doch dat ze bovendien op 28 februari 1990, d.i. nadien, zonder voorbehoud opnieuw een order heeft geplaatst voor aandrijfriemen bij de eiseres.

In haar fax van 19 februari 1990 vroeg de verweerster anderzijds de terugname en omwisseling van de riemen doch, toen de eiseres haar met brief van 4 mei 1990 een telefonisch onderhoud bevestigt van daags voordien waarbij zij verklaart alle aandrijfriemen, aangerekend in de betwiste factuur van 19 februari 1990, terug te verwachten, gaat de verweerster op dit voorstel evenwel niet in en blijkt uit de context van de brief dat ze daartoe niet langer in staat is gelet op de doorverkoop van de riemen. Ze dringt aan op een «commerciële» oplossing, wat haar latere bewering bevestigt dat ze aanvankelijk gewoon druk heeft uitgevoerd om de eiseres tot commerciële toegevingen te doen overgaan.

Volgens de verweerster moet de eiseres het uiteindelijk bewijsrisico dragen m.b.t. de moeilijkheden tot identificatie van de overgebleven riemen. Deze stelling kan niet worden gevolgd. In beginsel heeft de partij die een zaak onder zich heeft de last te bekwaamertijd bewijsmateriaal te verzamelen omtrent de staat van deze zaak en daartoe zo nodig onmiddellijk een onderzoek op tegenspraak door een neutrale deskundige, in voorkomend geval in kort geding, uit te lokken, zelfs indien het gaat over een koper die de zaak weigert mits de verkoper zich op afstand bevindt zoals te dezen (cf. M. en E. Storme, «De goede trouw in het geding», *T.P.R.*, 1990, 353, inz. 522, nr. 128). Dit is het gevolg van de «bewaringsplicht» van de koper welke overigens in de internationale verdragen is ingebouwd (*ibid.*). Indien het bewijs door het verzuim van deze plicht onmogelijk is geworden of niet meer behoorlijk kan worden geleverd, zoals te dezen, dan draagt de verzuimende partij het uiteindelijk bewijsrisico, ongeacht wie in beginsel de bewijslast draagt (cf. M. en E. Storme, a.w., 523, nr. 130). Te dezen zijn de bewijsmoeilijkheden m.b.t. de identificatie van de overblijvende riemen niet te wijten aan de eiseres.

De verweerster beweert dat zij van de eiseres geen reactie heeft gekregen op haar fax van 19 februari 1990. Het volstond niet alleen maar te reclameren. Gelet op het beweerdte gebrek aan reactie hoorde zij alsdan op grond van haar bewaringsplicht als koper de koopwaar onaangeroerd te laten in haar verpakking en onmiddellijk vaststellingen op tegenspraak uit te lokken om alle latere moeilijkheden m.b.t. de identificatieplicht ervan te voorkomen. In de plaats daarvan heeft zij het grootste deel van de koopwaar gewoon doorverkocht en is doorverloop van tijd de identificatie m.b.t. de niet verkochte riemen zo niet onmogelijk dan toch ernstig bemoeilijkt zoals de deskundige heeft opgemerkt. De verweerster heeft gewacht tot ze zelf gedagvaard werd tot betaling om de aanstelling te vorderen van een deskundige, d.i. op 22 januari 1991 of bijna 1 jaar na de aflevering van de riemen. Overeenkomstig bovengenoemde beginselen moet de verweerster de gevolgen dragen van haar eigengereid optreden.

Het voorgaande houdt in dat de vordering in haar geheel gegrond voorkomt.

VREDEGERECHT TE BRASSCHAAT

15 NOVEMBER 1994

Rechter: de h. Poma

Advocaten: mrs. Maes en Vrints loco Hendrickx

Huur – Woninghuur – Motief – Persoonlijk gebruik door zoon – Niet-uitvoering – Buitengewone omstandigheden – Begrip

Onder «buitengewone omstandigheden», die de verhuurder vrijstellen van de verplichting tot betaling van een schadevergoeding wegens het niet-verwezenlijken van het voornemen het verhuurde goed persoonlijk te betrekken, dient te worden verstaan een belangrijk motief dat de verhuurder belet zijn plannen uit te voeren, dat onafhankelijk van zijn wil moet zijn en dat niet te voorzien was op het ogenblik van de betekening van de opzegging.

De verbreking van de verloving van de zoon van de verhuurders kan niet als buitengewone omstandigheid in aanmerking worden genomen, omdat er geen beletsel was voor die zoon om toch, zonder verloofde, het verhuurde appartement te betrekken.

S. t/ L. en V.

Aanlegger, optredende als huurder, en verweerders, optredende als verhuurders, waren sinds 1 juli 1992 verbonden door een huurovereenkomst betreffende een pand gelegen te (...) voor een termijn van 3-6-9 jaar, met een huurprijs van fr. 8.500 per maand.

Verweerders hebben met aangetekende brief van 24 november 1992 opzeg van huur betekend omdat hun zoon het pand zou komen bewonen.

Met brief van 5 mei 1994 heeft aanlegger aan verweerders medegedeeld dat hij aanspraak maakt op een schadevergoeding van 18 maanden huur, hetzij fr. 153.000, zulks conform artikel 3, § 2, van de wet van 20 februari 1991 betreffende de huurovereenkomsten strekkende tot hoofdverblijfplaats, om reden dat de zoon van verweerders het destijds gehuurde appartement uiteindelijk niet betrokken heeft.

Verweerders erkennen dat hun zoon het pand niet heeft betrokken, doch betwisten de vordering.

...

Verweerders stellen dat zij buitengewone omstandigheden bewijzen aangezien de verloving van hun zoon werd verbroken, wat door de betrokkenen, namelijk zoon Stefan en zijn ex-verloofde Brenda, in afzonderlijke geschriften wordt bevestigd.

Onder «buitengewone omstandigheden» verstaat men een belangrijk motief dat de verhuurder belet zijn plannen uit te voeren, waarbij deze omstandigheid onafhankelijk van zijn wil moet zijn en niet te voorzien mocht zijn op het ogenblik van de betekening van de opzegging.

In feite zal het altijd gaan om omstandigheden die als een vreemde oorzaak of als overmacht zijn te beschouwen, zoals het overlijden of een ernstige ziekte van de verhuurder of van het familielid in wiens voordeel de opzegging is betekend (aldus professor A. Van Oevelen in het *Rechtskundig Weekblad*, 1990-91, 1474; zie eveneens in *Tijdschrift voor Vrederechters & Politierchters*, 1992, 280, nr. 8).

De vraag is derhalve of de verbreking van een verloving in casu gewild of ongewild van de zoon van verweerders gelijk staat met overmacht.

Een omstandigheid kan alleen als overmacht, toeval of vreemde oorzaak aangemerkt worden, wanneer ze een «onoverkomelijk beletsel» vormt voor de nakoming van de verbintenis. Derhalve maakt geen overmacht uit de omstandig-

heid die de uitvoering van het contract niet onmogelijk maakt, maar slechts moeilijker of duurder (aldus in *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1994, p. 519, nr. 223).

Aanlegger werpt terecht op dat de omstandigheid van de verbreking van de verloving de uitvoering van het contract misschien moeilijker maar zeker niet onmogelijk heeft gemaakt, aangezien er geen beletsel was voor de zoon van verweerders om toch, zonder verloofde, in het verhuurde appartement in te trekken, namelijk een appartement dat door aanlegger ook alleen werd bewoond tegen een beperkte huurprijs, terwijl nog opgemerkt moet worden dat uit de opzegbrief van 25 november 1992 blijkt dat hierin zelfs van geen verloofde sprake is.

Overmacht is hoe dan ook niet bewezen.

Anders oordelen zou in casu een schending van artikel 1148 van het Burgerlijk Wetboek betekenen.

Zelfs wanneer zou vaststaan dat de nakoming van de verbintenis, namelijk het betrekken van het gehuurde pand door de zoon van verweerders, onmogelijk is geworden – wat in casu niet bewezen is –, dan nog is er pas sprake van overmacht wanneer de schuldenaar – die de bewijslast draagt – kan bewijzen dat hij zelf volkomen vreemd is aan de onoverkomelijke hinderpaal met andere woorden dat hij geen enkele fout of nalatigheid of onvoorzichtigheid beging waardoor de onoverwinnelijke hinderpaal ontstond (zie *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1994, p. 524, nr. 224), een bewijs dat evenmin wordt geleverd.

VREDEGERECHT TE SINT-NIKLAAS

1e KANTON – 13 FEBRUARI 1995

Rechter: de h. Van Gysel

Advocaten: mrs. Truyens, Vankerckhove en Duerinck

Handelshuur – Huurhernieuwing – 1. Nieuwe huurovereenkomst die alle voorgaande vervangt – Aanvangspunt voor de berekening van de huurhernieuwingen – 2. Onteerchte weigering – Subsidiar voorstel om onder andere voorwaarden huurhernieuwing toe te staan – Te late dagvaarding door huurder – Gevolg

1. Als de partijen in de loop van de huurovereenkomst een tota tal nieuwe huurovereenkomst sluiten, die alle voorgaande overeenkomsten vervangt, dient de datum van inwerkingtreding van de nieuwe huurovereenkomst in aanmerking te worden genomen voor de berekening van het aantal huurhernieuwingen.

2. Wanneer de verhuurder ten onrechte de huurhernieuwing weigert omdat hij bij vergissing meent dat een vierde in plaats van een derde huurhernieuwing wordt gevraagd, en hij subsidiair de huurhernieuwing toestaat onder andersluidende voorwaarden, kan de huurder, die de verhuurder laat dagvaarden buiten de termijn van een maand, die door art. 18 Handelshuurwet op straffe van verval is voorgeschreven, door deze te late dagvaarding niet worden benadeeld, aangezien hij niet verplicht was tot dagvaarding over te gaan en een nutteloze dagvaarding hem niet tot nadeel kan strekken.

B.V.B.A. E. t/ T. en S.

1. Op 15 september 1965 heeft de rechtsvoorganger van de eerste verweerster, een zekere S., als eigenaar van een winkelpand, dit pand verhuurd aan de P.V.B.A. De W.; die huurovereenkomst is ingegaan op 15 december 1965.

Nadien, op 30 mei 1968 wordt de eerste verweerster eigenares van dit pand; zij sluit met de P.V.B.A. De W. en echtgenote Van B. een nieuwe handelshuurovereenkomst op 5 juni 1968; de huurovereenkomst is schriftelijk en werd geregistreerd; de huur is ingegaan op 1 juni 1968.

In fine van de huurovereenkomst staat vermeld: «deze huurovereenkomst vervangt alle vorige».

De P.V.B.A. Elektriciteitszaak De W.- Van B., heeft op 31 maart 1989 de bestaande huurovereenkomst overgedragen aan de eiseres en die overdracht is geschied met de instemming van de eerste verweerster.

Ondertussen werden huurhernieuwingen aangevraagd en verkregen.

Bij aangetekend schrijven van 3 december 1993 vraagt de eiseres opnieuw huurhernieuwing aan en het is niet betwist dat die aanvraag in behoorlijke vorm is geschied tussen de 18e en 15e maand vóór het einde van de negenjarige periode.

De eiseres vraagt de huur voort te mogen zetten op de geldende voorwaarden en zij maakt de eerste verweerster erop attent dat zij geacht zal worden met die voorwaarde in te stemmen, indien niet binnen drie maanden gereageerd wordt.

Die reactie komt er wel en dit op 25 januari 1994; de eerste verweerster schrijft de volgende aangetekende brief: ...

«Ik vestig uw attent op het feit dat deze aanvraag niet kan worden aangenomen als geldig, in de zin van artikelen 13 en volgende van de wet van 30 april 1951 op de handelshuurovereenkomsten ...

Het huurcontract, thans in voege, is zodus de derde en laatste hernieuwing door de wetgeving voorzien; en hieruit blijkt dat uw rechten definitief ten einde komen op 31 mei 1995 aanstaande, met het gevolg dat U verplicht bent het goed op deze laatste datum te ontruimen en mij ter vrije beschikking zult moeten stellen ...

Deze werkelijke huurwaarde kan ten minste worden geschat op 120.000 fr. per maand plus de belastingen, en dit om verscheidene redenen: ...

Ik zou U dan, in deze veronderstelling dat U nog zou kunnen bewijzen dat U recht heeft op nog een wettelijke verlenging, bij onmogelijke, U maar de hernieuwing zou kunnen toekennen aan hogervermelde huurprijs van 120.000 fr. per maand, meer de onroerende voorheffing.

Ik zal zelf eventueel bereid zijn U een vierde en extra legale huurhernieuwing toe te kennen op dezelfde basis, rekening gehouden met de goede betrekkingen die wij hebben tot nu toe onderhouden, maar wel verstaan dat overigens volgens de algemene rechtspraak zulke vierde hernieuwing de laatste zou blijven, door de wetgeving voorzien.

Maar het is duidelijk dat mijn subsidiair voorstel dat U wordt medegedeeld onder alle voorbehoud van het feit dat de wettelijke bescherming voorzien door de wet om de handelshuurovereenkomst definitief ten einde komt einde mei 1995».

De eiseres heeft dan met een geboekt en gezegeld exploitat betekend van 12 april 1994 door het ambt van gerechtsdeurwaarder B. Maerevoet de eerste verweerster gedagvaard ten

einde: de eerste gedaagde zich te horen zeggen voor recht dat de thans door verzoekster gevorderde huurhernieuwing die is welke volgt op het verstrijken van de tweede hernieuwing waarbij, in de huidige toestand van de wetgeving, verzoekster een laatste maal recht heeft om, bij voorkeur boven alle andere personen, de hernieuwing van haar huurovereenkomst te verkrijgen om er haar handel in voort te zetten.

...

2. Het antwoord van 25 januari 1994 op de brief van 3 december 1993 is dubbelzinnig. a) Primair wordt de huur geweigerd, omdat het om een vierde hernieuwing zou gaan, b) subsidiair wil de eerste verweerster toch een vierde huurhernieuwing toestaan, maar dan wel tegen een dubbele prijs.

3. Als een huurder een regelmatige aanvraag tot huurhernieuwing heeft gedaan, kan de verhuurder antwoorden dat hij instemt met de gevraagde verlenging; de verhuurder kan die verlenging afhankelijk maken van andere voorwaarden.

Kan de huurder zich met die voorwaarden niet verzoenen, dient hij zich tot de rechter te wenden; *op straffe van verval dient zulks te gebeuren binnen een maand* (art. 18).

De eerste verweerster stelt nu voornamelijk in de tweede conclusie, dat de eiseres vervallen is van haar recht op huurhernieuwing, omdat zij gezondigd heeft tegen de dwingende regel van art. 18.

Er is inderdaad geen betwisting dat een huurder bij niet akkoord met de gevraagde voorwaarden, zich binnen een maand tot de rechter dient te wenden, op straffe van verval. Over dat soort verval is trouwens tussen de partijen geen betwisting en de overvloedige rechtsleer en rechtspraak, waarnaar de eerste verweerster verwijst, is overbodig; niemand hoeft van de juistheid van dat standpunt overtuigd te worden.

Nu heeft de eiseres dus gedagvaard buiten die termijn van één maand en zij is dus normaliter vervallen van haar recht op huurhernieuwing; de toestand van de eiseres kan niet gunstiger beoordeeld worden, omdat zij inderdaad wel de uitdrukkelijke wil had te dagvaarden binnen de maand; waarom haar instructies niet tijdig zijn uitgevoerd, dient hier niet te worden onderzocht.

Conclusie: als eiseres art. 18 heeft overtreden, is aan de ongelukkige situatie niets te doen en dient de tegeneis van de eerste verweerster te worden ingewilligd, nl. uitdrijving tegen 31 mei 1995 en dient ook de kwestie van eventuele huurschade te worden opgelost.

4. *De eerste verweerster heeft zich echter vergist nopens het aantal hernieuwingen.* Het is begrijpelijk dat de eerste verweerster in haar tweede conclusie nog weinig gewag maakt van wat zij in de brief van 25 januari 1994 primair heeft gesteld, nl. dat de huurhernieuwing niet toegestaan kon worden, omdat het om een vierde huurhernieuwing zou gaan.

Uit de lezing van de tweede conclusie van de eerste verweerster kan minstens afgeleid worden dat de eerste verweerster vreest dat zij zich terzake heeft vergist.

Die vergissing, al of niet bewust, is er: de aanvraag van 3 december 1993 betrof slechts een derde aanvraag tot huurhernieuwing; na regelmatige aanvragen werd de huur toegestaan met brieven van 8 maart 1976 en 27 september 1985.

Hoe het komt dat de eerste verweerster zich heeft vergist, kan door ons niet achterhaald worden; die vergissing is des te merkwaardiger nu de eerste verweerster in een brief van 18 februari 1985 zelf gewag maakt van een tweede huurhernieuwing.

In elk geval, met wat er gebeurd is vóór 1 juni 1968, kan geen rekening worden gehouden. Op 5 juni 1968 hebben de partijen een totaal nieuwe huurovereenkomst gesloten, die alle voorgaande overeenkomsten heeft vervangen; dat staat trouwens letterlijk in die overeenkomst van 5 juni 1968, zodat, om het aantal hernieuwingen te tellen, slechts teruggegaan mag worden tot 1 juni 1968 (Cass., 7 mei 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 1028).

De eerste hernieuwing is begonnen op 1 juni 1977, de tweede op 1 juni 1986 en de vraag van 3 december 1993 is dus een vraag voor een derde hernieuwing, niet strijdig met art. 13 van de Handelshuurwet.

De eiseres kon zich dus baseren op de bescherming van de handelshuurwet; ging het om een vierde hernieuwing, dan viel de steun weg en diende de eiseres, wilde zij huurhernieuwing krijgen, zich te schikken naar de wensen van de eerste verweerster.

Een beroep op de rechter om de voorgestelde voorwaarden eventueel te matigen was uitgesloten; na drie huurhernieuwingen wordt de huurder niet meer beschermd.

5. Ook al zou gesteld worden dat het slechts om een derde huurhernieuwing gaat, dan nog blijft de eerste verweerster weigeren huurhernieuwing toe te staan, omdat eiseres gedagvaard heeft buiten de maand.

Dat eiseres nog getracht heeft binnen een maand te dagvaarden, kan als een blijk van voorzichtigheid beschouwd worden.

Waarom zij echter na het verstrijken van de maand toch nog heeft gedagvaard, is ons absoluut niet duidelijk; het kwaad was dan toch al of niet geschied, gelet op de dwingende bepalingen van art. 18, of was de dagvaarding dan een galant middel om ook de gerechtsdeurwaarder in de procedure te betrekken?

De eerste verweerster stelt zelf dat de eiseres buiten de bescherming van de Handelshuurwet viel, waarom zou de eiseres zich dan druk hebben moeten maken, wetende dat de eerste verweerster zich vergiste en wetende welke scenario's konden volgen.

Door nu buiten de termijn van één maand te dagvaarden, heeft de eiseres de verweerster stof tot discussie gegeven en de te late dagvaarding wordt als een welkom middel aangewend, om toch nog huurhernieuwing te weigeren, in de hoop dat de eiseres dan wel verplicht zal zijn de subsidiair gestelde voorwaarden te aanvaarden, als tenminste de rechter dat standpunt wil innemen.

6. De eerste verweerster stelt wel dat de eiseres had moeten dagvaarden en dus wel binnen een maand, maar eigenaardig genoeg, kruidt de eerste verweerster dit keer haar stelling niet met rechtspraak en rechtsleer.

Wat de eiseres had moeten doen, is haar koelbloedigheid bewaren en zien wat er kon gebeuren.

Wat kon er gebeurd zijn, indien de eiseres na 25 november 1994 niets meer had gedaan?

Er zijn twee mogelijkheden: a) ofwel had ook de eerste verweerster niets ondernomen en dan was een huur van onbepaalde duur ontstaan, wat voor de eiseres zeker geen ongunstige toestand is; b) ofwel, en dat is waarschijnlijker, had de eerste verweerster gedagvaard tot uitdrijving; niet alleen kreeg de eiseres dan de gemakkelijkere rol van verweerster, maar zij had bovendien enkel een tegeneis moeten stellen, nl. vragen dat wij zouden vaststellen dat slechts een derde

huurhernieuwing was gevraagd; die derde huurhernieuwing kon door ons niet geweigerd worden.

Het zijn alleen huurders, die met een weigering op grond van art. 16, I, 4°, worden geconfronteerd, die zelf initiatief moeten nemen (zie *La Haye-Vankerckhove*, in *Les Nouvelles*, VI, *Le louage des choses*, Vol. II, *Les baux commerciaux*, 1984, 281/282, nr. 1861; Ach. Pauwels *OBO*, art. 16-16 nr. 36, art. 16-18 nr. 41).

De auteurs zetten het standpunt van het Hof van Cassatie zeer goed uiteen. Wel kan het in bepaalde gevallen reeds nuttig zijn de rechter toch te adieën teneinde een marginaal toetsingsrecht te zien uitoefenen (*La Haye-Vankerckhove*, o.c., nr. 1870, blz. 287, Cass., 11 januari 1990, *J.T.*, 1990, 386; Leuven, 3 november 1993, *T.B.B.R.*, 1994, 419).

Het probleem van een marginale toestand rijst niet.

En quid met de prijs?

Als de eerste verweerster in haar brief van 25 januari 1994 eenvoudig de huurhernieuwing had geweigerd, op grond van de beweerde vierde aanvraag, kreeg de eerste verweerster toch nog de kans haar voorwaarden te stellen (art. 24) en bij gebreke van akkoord tussen partijen, diende art. 18 te worden toegepast.

Het bestaan van art. 24 bewijst trouwens dat zelfs een voorzichtige verhuurder die huurhernieuwing weigert, niet subsidiair toch al met voorwaarden moet afkomen, voor het geval de rechter de reden van weigering zou verwerpen.

Zo ook diende de eiseres niet te reageren op de onterechte weigering.

Zij had er zorg voor moeten dragen het geding als verweerster te voeren en op de vraag tot uitdrijving, de aandacht van de rechter vestigen op de vergissing van de eiseres-verhuurster. De rechter kon dan een derde hernieuwing niet weigeren en het feit dat de eiseres nu toch gedagvaard heeft, kan haar niet tot nadeel strekken.

Als er niet diende gedagvaard door de eisers, kan haar dagvaarding enkel als nutteloos beschouwd worden; een nutteloze of dus overbodige dagvaarding kan nooit een latijddige dagvaarding worden.

Trouwens, dikwijls zal een huurder niet binnen een maand kunnen antwoorden, bv. bij opzegging voor eigen gebruik, maar ook kan het gebeuren dat een huurder binnen een maand niet over de nodige bewijsstukken kan beschikken; er dient bv. een beroep te worden gedaan op vroegere rechtsvoorgangers om na te kunnen gaan in welke fase de huurovereenkomst zich bevindt; dat kan tijd vragen.

7. De eerste verweerster heeft dus onterecht verlenging van de huur geweigerd; zij heeft wel blijkt gegeven van haar wil eventueel wel te willen verlengen, want zij heeft subsidiair andere voorwaarden gesteld.

Als de eerste verweerster in geen geval de huur had willen verlengen, had zij maar een beroep moeten doen op art. 16, IV, Handelshuurwet.

We weten ook tegen welke voorwaarden de eiseres de huurhernieuwing wenst en de standpunten van partijen omtrent de voorwaarden, liggen dus ver uiteen.

In plaats van nu enkel vast te stellen, dat de huur onterecht werd geweigerd, is het voor een vlotte procesgang aangewezen, thans niet alleen de huurverlenging toe te staan, maar meteen ook de voorwaarden te bepalen, waartegen de eiseres weer voor negen jaar kan huren (cfr. Tongeren, 28 november 1988, *R.W.*, 1988-89, 1373) *T. Vred.*, 1989, 266.

Om deze voorwaarden te kunnen bepalen, dient echter het advies te worden ingewonnen van een deskundige.

8. Er is geen reden om het vonnis niet bindend te verklaren voor de tweede verweerder. De tweede verweerder zal zelf wel oordelen of hij het nuttig vindt aan de verrichtingen van de deskundige deel te nemen.

In elk geval kan hij slechts als toeschouwer fungeren; de tweede verweerder heeft geen mogelijkheid zich in te laten nopens zijn zienswijze wat de nieuwe huurprijs betreft.

POLITIËRECHTBANK TE GENT

13 SEPTEMBER 1995

Rechter: de h. Van Trimpont

Openbaar ministerie: de h. Cauwe

Advocaten: mrs. Van Burm, Moentjens, Van den Sype en De Roeck

Misbruik van vertrouwen – Diefstal – Bezit ter bede

Wie een voertuig dat hem tijdelijk is toevertrouwd voor een bepaald doel, niet teruggeeft, maar misbruik maakt van het bezit ter bede om zonder toestemming van de eigenaar een rit te maken, pleegt geen diefstal maar misbruik van vertrouwen.

D. t/ V. e.a.

Op burgerlijk gebied

Alvorens te statueren omtrent de door de burgerlijke partijen gevorderde bedragen dient de betwisting tussen de vrijwillig tussenkomende partijen betreffende hun verplichting tot vergoeding der derde benadeelden beslecht te worden.

De vrijwillig tussenkomende partij N.V. C., verzekeraar burgerlijke aansprakelijkheid van de Porsche waarmee de aanrijding werd veroorzaakt, pleit dat de beklaagde zich door gebruiksdiefstal van het voertuig meester maakte, weliswaar in die zin te begrijpen dat de sleutels van het voertuig wel aan de beklaagde werden gegeven, maar dat hij de hem toevertrouwde sleutels op het ogenblik van het ongeval afwendde van het doel waarvoor ze hem werden toevertrouwd. Daarom betwist deze vrijwillig tussenkomende partij haar verplichting tot vergoeding.

De vrijwillig tussenkomende partij Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds, betwist die stelling in rechte. Het staat vast dat de beklaagde de sleutels van de Porsche wel degelijk eerst overhandigd kreeg van de eigenaar en met de toestemming van deze laatste met het voertuig reed. Het is pas bij een tweede gebruik van het voertuig, ditmaal door gebruik van de sleutels die in zijn bezit gebleven waren en buiten het weten van de eigenaar van het voertuig, dat de beklaagde de aanrijding veroorzaakte.

De oplossing van de rechtsvraag wie van de twee vrijwillig tussenkomende partijen tot vergoeding van de derde benadeelden gehouden is, ligt in de kwalificatie van de door de beklaagde gedane toeëigening van het voertuig: was er diefstal of gebruiksdiefstal dan wel misbruik van vertrouwen (S. Van Trappen, *Le Fonds commun de garantie automobile*, Larcier, 1994, p. 104)? Alleen bij diefstal of gebruiksdiefstal zou de verzekeraar burgerlijke aansprakelijkheid zijn tussenkomst

kunnen weigeren, terwijl het misbruik van vertrouwen integendeel de verzekeraar niet van tussenkomst ontslaat (Van Trappen, *o.c.*; *l.c.*; Chr. Panier, noot onder Brussel, 22 mei 1985, *R.G.A.R.*, 1988, 11430).

Tot de essentie van de diefstal en de gebruiksdiefstal behoort de bedrieglijke toeëigening, de onttrekking aan de eigenaar, van het voertuig om het zichzelf, weze het tijdelijk in geval van gebruiksdiefstal, toe te eigenen. Bij misbruik van vertrouwen is er sprake van een gebruik, een vorm van toeëigening in strijd met de titel ingevolge welke het voertuig aan de betrokkene is toevertrouwd (zie de reeds geciteerde rechtsleer).

Panier (aangehaald werk) wijst op het belang van de burgerrechtelijke begrippen bezit en detentie (zie voor deze begrippen ook Derine e.a., *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, V, *Zakenrecht*, D.I.A, 1974, nrs. 107-118) voor de beoordeling van het misbruik van vertrouwen. De beklaagde, aan wie het voertuig door de overhandiging van de sleutels was toevertrouwd, had er de detentie van, hij had het corpus possessionis maar niet de animus possidentis, hij bezat het meesterschap over de zaak voor rekening van de eigenaar, zijn inbreuk bestaat erin dat hij zijn titel misbruikte en ging bezitten pro suo, en dit maakt het misbruik van vertrouwen uit.

Gelet op de vrijwillige afgifte van het voertuig aan de beklaagde is er geen diefstal of gebruiksdiefstal (Panier, *o.c.*, nr. 8; Hof Bergen, 25 maart 1980, *R.G.A.R.*, 1982, 1-0497, Rb. Ieper, 16 februari 1988, *R.W.*, 1989-90, 755). De omstandigheid dat de feiten werden gepleegd na de periode waarvoor het voertuig aan de beklaagde was toevertrouwd verandert daaraan niets (Hof Bergen, zelfde arrest).

De vrijwillig tussenkomende partij N.V. C. is derhalve als verzekeraar burgerlijke aansprakelijkheid tot vergoeding der derde benadeelden gehouden, de vrijwillig tussenkomende partij Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds moet buiten zake worden gesteld.

NOOT – Misbruik van vertrouwen en overhandiging van autosleutels

1. Het betrokken voertuig werd aan de beklaagde toevertrouwd ten einde de eigenaar naar een drankgelegenheid te voeren, maar na de rit vergat de eigenaar de autosleutels terug te vragen en de beklaagde hield de sleutels in zijn bezit.

Later op de avond vertrok de beklaagde met het voertuig, buiten weten van de eigenaar.

2. De strafrechter heeft m.i. terecht aangenomen dat het hier niet om diefstal gaat, maar om misbruik van vertrouwen omdat de beklaagde het bezit ter bede bedrieglijk heeft omgezet in eigendomsrecht. Zie in dit verband A. Winants, «Huisdiefstal en misbruik van vertrouwen», *R.W.*, 1979-80, 66.

3. Als er geen wegname is van het goed, als de dader reeds over het goed beschikt, kan er geen sprake zijn van diefstal (R. Legros, «Considérations sur le vol», *R.D.P.*, 1954-55, 659). Essentieel blijft dat de dief bezit *neemt* van de zaak. Als de zaak aan hem is overgedragen of aan hem is toevertrouwd, dan kan er eventueel sprake zijn van misbruik van vertrouwen.

4. Zelfs wie in het bezit van de zaak blijft, ondanks een rechterlijke beslissing die in kracht van gewijsde is gegaan, pleegt geen diefstal, want de bedrieglijke wegname ontbreekt (Limoges, 22 oktober 1903, *J. Parq.*, 1904, 2, 82). Het

onderscheid tussen diefstal en misbruik is van groot belang, zoals de onderhavige beslissing heeft aangetoond.

A. Vandeplas

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof Gent (Jeugdkamer), 17 januari 1994

Kind – Horen van minderjarigen – Juridische grondslag (art. 12, UNO-Conventie van de Rechten van het Kind) – Wijze en doelstelling van het horen

«De UNO-Conventie van de Rechten van het Kind van 20 november 1989, goedgekeurd bij decreet van de Vlaamse Raad van 15 mei 1991 en bij wet van 25 november 1991, verzekert in haar artikel 12, lid 1, aan kinderen die in staat zijn zich een mening te vormen het recht die mening vrijelijk te uiten in alle omstandigheden die hen betreffen, waarbij aan die mening passend gevolg wordt gehecht in overeenstemming met hun leeftijd en hun rijpheid.

«Het staat aan de minderjarige, die inmiddels 12 1/2 jaar oud is geworden, zelf te bepalen of hij al dan niet gebruik wenst te maken van het hem door voormeld verdrag toegekende hoorrecht. Het komt het Hof opportuun voor dat een eventueel gesprek zou gebeuren in het kader van aanvullende navorsingen, hetzij door de jeugdrechter in hoger beroep in zijn kabinet, hetzij door een consulent van de Sociale Dienst van de Jeugdrechtsbank te Gent, met wie de minderjarige reeds vroeger contacten heeft gehad. De minderjarige kan er zich tenslotte toe beperken, indien hij dit wenst, zijn zienswijze schriftelijk mede te delen.

«Het moet duidelijk zijn dat aan S. niet wordt gevraagd bepaalde keuzen te maken tussen vader, moeder, of andere familieleden maar dat hem de kans wordt gegeven blijk te geven van zijn persoonlijke belevingen in de problematiek waarover door de rechter beslist dient te worden.

«De minderjarige zal daartoe door de jeugdrechter in hoger beroep bij brief worden uitgenodigd.»

(Voorzitter: de h. Castermans – Openbaar ministerie: de h. Maes – Advocaten: mrs. Haus en De Pauw – In de zaak: Van R. t/ P. en P. t/ Van R.)

NOOT – Deze uitspraak dateert van vóór de hervorming van het jeugdbeschermingsrecht waarbij een artikel 56bis in de wet op de jeugdbescherming is ingevoegd (Wet 2 februari 1994) en van vóór de wijziging van artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek door de wet van 30 juni 1994. Daarom wordt als juridische grondslag voor het horen van de betrokken minderjarige van 12 1/2 jaar enkel naar art. 12 van de UNO-Conventie voor de Rechten van het Kind verwezen. Het arrest is echter vooral belangwekkend wegens het opgeven van een aantal modaliteiten voor het horen van de minderjarige (hij beslist zelf of hij van dit recht gebruik wenst te maken, door wie hij gehoord kan worden; hij mag zijn zienswijze schriftelijk meedelen). Bovendien wordt duidelijk gemaakt dat het horen er niet op gericht mag zijn het kind tot

een keuze tussen vader, moeder enz. te dwingen. De bedoeling is enkel dat de rechter, die uiteindelijk op onaantastbare wijze beslist, inzicht verkrijgt in de persoonlijke belevingen van de minderjarige in de problematische situatie. Dit vereist uiteraard een aangepaste gesprekstechniek (zie hierover Deli, D., «Het horen van minderjarigen volgens het gewijzigde artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek», T.B.B.R., 1995, (183), 273-275).

Danielle Deli
U.I.A.

Hof Antwerpen (Jeugdkamer), 15 juni 1995

Kind – Horen van minderjarige – Omgangsrecht – Art. 931 Ger.W. – Uiting van wens gehoord te worden

«Overwegende dat het kind in de gelegenheid moet worden gesteld om te worden verhoord wanneer het erom verzoekt; dat te dezen K. Chr., 9 jaar oud zijnde, via haar moeder de wens heeft geuit om gehoord te worden, waaraan door het Hof gevolg werd gegeven na te hebben vastgesteld dat het kind in staat was om zich behoorlijk uit te drukken.

«Overwegende dat uit het persoonlijk verhoor van K. Chr. niet gebleken is dat zij een overnachting bij haar vader op zich als erg belastend ervaart; dat zij blijkbaar het niet prettig vindt betrokken te worden in ruzies tussen haar ouders wanneer zij hun ongenoegen uiten over hun ex-partner, hetgeen uiteraard voor haar moeilijk ligt, dat zij ergens loyaal wil blijven t.a.v. beide ouders.»

(Voorzitter: mevr. Bax – Openbaar ministerie: de h. Missal – Advocaten: mrs. Van Doorn en Beckers – In de zaak: V. t/ K.)

Hof Gent (Jeugdkamer), 19 juni 1995

Kind – Omgangsrecht – Vordering tot afschaffing – Horen van minderjarigen – Juridische grondslag (o.m. art. 56bis Jeugdbeschermingswet)

«De partijen zijn de uit de echt gescheiden ouders van de kinderen K. (geboren op 27 januari 1982) en R. (geboren op 12 december 1984) die in de loop van het echtscheidingsgeding aan de bewaring van de appellante werden toegekend. De geïntimeerde werd gerechtigd een omgangsrecht uit te oefenen om de veertien dagen van zaterdag 14 uur tot zondag 18 uur, een week van de kerst- en paasvakantie en de eerste week van de maanden juli en augustus, met last voor hem de kinderen af te halen en terug te brengen (...)

«In het thans bestreden vonnis heeft de jeugdrechtsbank de vordering van de appellante strekkende tot afschaffing van het omgangsrecht van de geïntimeerde afgewezen als ongegrond. (...)»

«(...) Inmiddels werden de gezinsrelaties steeds verder vertroebeld en is de omgang tussen de vader en zijn kinderen nagenoeg onbestaande geworden. K. is volle dertien jaar geworden en hij dient, overeenkomstig de bepalingen van artikel 56bis van de wet betreffende de jeugdbescherming door de jeugdrechter uitgenodigd te worden om door hem te wor-

den gehoord. Het past eveneens dat de jongste, R., volle tien jaar oud, de gelegenheid krijgt zijn persoonlijke gevoelens te uiten in de problematiek waarover uitspraak dient te worden gedaan. (...)

«Op die gronden,

«Beveelt dat de minderjarigen K. en R.D. door de jeugdrechter in hoger beroep bij het Hof van Beroep te Gent gehoord zullen worden op plaats, dag en uur die hij zal bepalen en waartoe hij de minderjarigen zal laten oproepen.

(Voorzitter: de h. Castermans – Openbaar ministerie: de h. Maes – Advocaten: mrs. Viane en Van Belleghem – In de zaak: L. t/ D.)

Hof Gent (Jeugdkamer), 26 juni 1995

Kind – Adoptie – Procedure – Wettige redenen en tot voordeel van de betrokkene strekken – Horen van minderjarige – Juridische grondslag (art. 12 UNO-Conventie van de Rechten van het Kind en art. 931 Ger.W.)

«Elke adoptie – volle of gewone adoptie – moet op wettige redenen steunen en de betrokkene tot voordeel strekken. De sfeer waarin de adoptieprocedure wordt gevoerd is ongunstig. Het door de procureur des Konings te Kortrijk verrichte vooronderzoek heeft gewezen op de gespannen verhoudingen waarin niet alleen gevoelsargumenten maar ook materiële belangen een rol spelen en doorslaggevend konden zijn voor de evolutie in de familierelaties. Er is ook de persoonlijke ingesteldheid van L., voor wie het overlijden van de vader niet gemakkelijk kon worden verwerkt, die haar grootouders goed gekend heeft en die met hen blijkbaar een goede affectieve band wil behouden, wat mede afhankelijk is van de goeie wil van de volwassenen terwijl de adoptie toch een aantal gevolgen heeft die voor haar al dan niet belangrijk kunnen zijn.

«Indien er al geen gronden zijn om hic en nunc te wachten tot L. de leeftijd van vijftien jaar zal hebben bereikt, de leeftijd waarop zij verplicht in de rechtspleging betrokken zou dienen te worden, dan dient er vastgesteld te worden dat zij, thans volle dertien jaar oud, een leeftijd heeft bereikt waarop zij in staat gesteld dient te worden haar mening vrijelijk te uiten in deze voor haar belangrijke aangelegenheid (art. 12 UNO-Conventie voor de rechten van het Kind). Mede gelet op artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek oordeelt het Hof dat het wenselijk voorkomt de minderjarige L. uit te nodigen om door de jeugdrechter in hoger beroep te worden gehoord indien zij op die uitnodiging wenst in te gaan. Zij zal daartoe te gelegener tijd opgeroepen worden.»

(Voorzitter: de h. Castermans – Openbaar ministerie: de h. Maes – Advocaten: mrs. Damman en Van Schoubroeck – In de zaak: L.S. t/ A.B. en M.E. en A.B. en M.E. t/ L.S.)

BOEKEN

M. VAN DAMME en F. DE KEGEL, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, Brugge, Die Keure, 1994, X + 134 pp.

In de handboeken administratief recht wordt het vraagstuk van de intrekking van de bestuurlijke rechtshandeling doorgaans in enkele randnummers afgewerkt. De intrekking is de impliciete of uitdrukkelijke bestuursakte waarbij een administratieve overheid een vroegere door haar genomen beslissing *ab initio* tenietdoet. In wezen gaat het om een jurisprudentiële constructie die nauw verband houdt met de geldende opvattingen over staatsgezag en algemeen belang (zie bv. de in het Duitse recht gehanteerde begrippen als «Vertrauensschutz» en «Dispositionsschutz»). De problematiek van de intrekking van de administratieve rechtshandeling heeft al heel wat pennen in beweging gebracht en ik verwijs naar de tientallen annotaties en tijdschriftartikelen in binnen- en buitenland, waarvan de lijst is opgenomen achteraan in het boek.

De intrekking door een orgaan van het actief bestuur vertoont parallellen met de vernietiging door de Raad van State of de toezichthoudende overheid. Haar toelaatbaarheid is evenwel op uiteenlopende wijze beoordeeld door de administratieve en de burgerlijke rechter om redenen die verband houden met hun dualiteit van bevoegdheden. Ook het Rekenhof, dat toezicht uitoefent op de besteding en het beheer van de overheidsmiddelen, verwerpt de klassieke theorie die de Raad van State aanhangt.

De auteurs geven de indruk niet gewonnen te zijn voor een algemene wettelijke regeling van de intrekking. Ze heeft te veel een casuïstische dimensie die zich niet laat vatten in stroeve normatieve bepalingen. Ook menen zij dat de behoefte aan rechtszekerheid in een modern, op wederkerigheid stoeiend bestuursrecht, de bovenhand geniet op de strikte legaliteit.

Van Damme en De Kegel besluiten hun overzicht met enkele rechtsvergelijkende aantekeningen, waarin de regeling van de intrekking van de administratieve overheidshandeling in de buurlanden en op het niveau van de Europese Gemeenschap wordt beschreven.

Al wie op zoek is naar een actuele en accurate synthese van dit toch wel merkwaardige leerstuk uit het administratief recht, zal in het gerecenseerde werk zeker zijn gading vinden.

A. Coppens

J. PETIT, *Interest*, A.P.R., 1995, 261 pp.

In de reeks van de Algemene Practische Rechtsverzameling is thans het deel verschenen van Jacques Petit met als titel *Interest*.

De emeritus voorzitter van de Arbeidsrechtbank te Gent is niet aan zijn proefstuk (zie o.m. *Arbeidsrechten* en *Sociaal Procesrecht* – A.P.R. 1980).

Zoals altijd is dit werk van de heer Petit glashelder in zijn structuur en vrijwel volledig in de behandeling van het (beperkt) onderwerp. Na een duidelijk afzonderlijke behandeling van de contractuele of bedongen interest, de moratoire interest, wettelijke interest, vergoedende interesten en gerechtelijke interest, worden de nevenproblemen zoals interestvoet, anatocisme, woeker als misdrijf en de interest in de gerechtelijke procedure zeer overzichtelijk weergegeven.

Ieder aspect en onderdeel wordt klaar en uiterst goed gedocumenteerd uiteengezet.

Wie iets over interesten wil weten en het niet vindt in het boek van de heer Petit, zal het waarschijnlijk nergens vinden.

A. Vandeurzen

J. VAN STEENBERGE en A. VAN REGENMORTEL (red.), *Actuele problemen van het sociale zekerheidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1995, 332 pp.

Het boek *Actuele problemen van het sociale zekerheidsrecht* bundelt de referaten van voordrachten die gehouden werden in het kader van de gelijknamige studiecycclus die plaatshad in de periode januari-mei 1995, en georganiseerd werd door het Departement Rechten van de Universiteit Antwerpen.

De eerste tekst is van D. Cuypers en betreft de Uitdrukkelijke Motiveringswet in de sociale zekerheid. De auteur licht eerst de belangrijkste aspecten van deze wet toe. Hij analyseert vervolgens het toepassingsgebied en legt de begrippen ervan uit (bv. wat is een «ad-

ministratieve overheid»), om vervolgens de logische conclusies te trekken naar de toepasselijkheid op de sociale zekerheid. Eenzelfde werkwijze houdt hij aan met betrekking tot de verplichtingen opgelegd door genoemde wet: eerst legt de auteur uit wat begrippen als «in de akte zelf» of «afdoende motivering» zijn, en hij past de verworven inzichten vervolgens toe op de sociale zekerheid. Bij de sanctieregeling besteedt de auteur bijzondere aandacht aan de mogelijkheid van «substitutie van motieven» (de mogelijkheid om geen sanctie toe te passen wanneer de beslissing op manifest goede gronden genomen was).

Vervolgens komt A. Van Regenmortel aan de beurt met het onderscheid werknemer-zelfstandige. Hoewel dit thema reeds talloze keren is behandeld, is deze bijdrage toch in verschillende opzichten interessant. Ondanks de toch wel duidelijke cassatierechtspraak (zeker na het zgn. varkenskwekersarrest) blijft in de rechtspraak immers onenigheid bestaan over de waarde van de kwalificatie die partijen aan hun contractuele relatie geven. De auteur vat haar bijdrage dan ook aan met een uitgebreide analyse van de rechtspraak. Ze geeft een overzicht van verschillende soorten beroepen waar het onderscheid regelmatig ter discussie staat, en geeft aan welke criteria determinerend waren om te besluiten tot het bestaan van een ondergeschikt verband dan wel van een zelfstandige arbeidsrelatie. In een volgend stadium analyseert de auteur het begrip ondergeschiktheid. Ze bespreekt de verschillende relevante indicatoren, wat verhelderend is, de reden waarom bepaalde criteria belangrijk zijn. Het laatste deel ten slotte is gewijd aan de waarde die partijen aan hun overeenkomst geven. De auteur gaat hierbij in de clinch met Wantiez, die de overeenkomst en de in de overeenkomst gegeven kwalificatie als referentiepunten naar voren schuift om al dan niet te besluiten tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst. In diens benadering moet de rechter het geschrift respecteren zolang het bestaan van een ondergeschikt verband niet kan worden aangetoond aan de hand van een geschreven stuk. Anders oordelen zou immers art. 1341 B.W. schenden volgens hetwelk het bewijs door getuigen niet toegelaten is tegen en boven de inhoud van akten. Uit haar diepgaand onderzoek leidt Van Regenmortel echter af dat art. 1341 B.W. enkel van toepassing is op rechtshandelingen, en dus niet op rechtsfeiten. Het bestaan van een gezagsrelatie is naar haar oordeel zulk een rechtsfeit zodat art. 1341 B.W. geen beletsel vormt om toch te besluiten tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst, zelfs al blijkt het ondergeschikt verband enkel uit de feitelijke situatie. De auteur is zeker te bescheiden wanneer ze stelt dat haar bijdrage slechts een aanzet tot de discussie vormt; haar standpunt lijkt immers veeleer een adequaat tegengif voor de benadering van Wantiez.

De derde bijdrage kreeg het etiket «sociale zekerheid en vrije tijd», maar betreft nagenoeg volledig de P.W.A.-problematiek. De auteur, J. Put, geeft een exhaustief beeld van de bestaande reglementering die van toepassing is op deze nieuwe vorm van «tewerkstelling». Hij besteedt voorts ook nog een aantal pagina's aan het vrijwilligerswerk verricht door werklozen (ondertussen is deze reglementering evenwel gewijzigd) en aan een aantal cassatiearresten over het begrip toegelaten arbeid (ter zake van werkloosheid, arbeidsongeschiktheid en pensioenen).

De tekst van P. Palsterman is gewijd aan de deeltijdse arbeid en de werkloosheidsverzekering. In het eerste hoofdstuk situeert de auteur de zaken in hun ruimer maatschappelijk-politiek kader. Hij wijst op de ideeën die aan bepaalde beleidsopties ten grondslag liggen. In het tweede hoofdstuk geeft de auteur de zeer technische werkloosheidsreglementering betreffende deeltijdse arbeid weer (bv. de formules om de uitkeringen te berekenen). In het laatste hoofdstuk zet de auteur ten slotte uiteen wat halftijds brugpensioen is en welk regels erop van toepassing zijn (de auteur vermeldt echter de toepasselijke wetsbepalingen niet). De uiteenzetting is evenwel reeds deels achterhaald door bepaalde wetswijzigingen.

De volgende bijdrage betreft de gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het vlak van pensioenen en de invloed van het Europese recht. De auteur, J. Wouters, geeft eerst een overzicht van de communautaire regelgeving. De eigenlijke bijdrage valt uiteen in twee onderdelen. Het eerste deel is gewijd aan de wettelijke pensioenen, het tweede deel aan de contractuele pensioenregelingen. De auteur zet deze toch wel complexe materie zeer helder uiteen. Hij weidt ook uit over de situatie voorafgaand aan «Barber» zodat de tekst ook niet-ingewijden kan boeien. Na een «tour d'horizon» van de post-Barber uitspraken besteedt de auteur nog enige bladzijden aan de rechtsbescherming en de horizontale werking van richt-

lijnen. Een ware aanrader dus, maar voor lezers van het *Rechtskundig Weekblad* dient toch even te worden gepreciseerd dat de tekst ook werd afgedrukt in *R.W.*, 1994-95, 1385 en 1417.

A. Lindemans heeft reeds zijn sporen verdiend met zijn boek over de verjaring in het sociale zekerheidsrecht, en doet dit opnieuw met de bijdrage in dit boek. Na een algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring in het sociale zekerheidsrecht, zet de auteur uiteen welke impact de traditionele verjaringsstelsels hebben binnen de genoemde rechtstak. Vooral interessant daarbij is de uiteenzetting over de redenen waarom de verjaring van de burgerlijke vordering uit een misdrijf zelden wordt toegepast in het sociale zekerheidsrecht. In een volgend hoofdstuk rafelt hij art. 72 Arbeidsongevallenwet uiteen (herzieningstermijn). De auteur besteedt voorts aandacht aan enkele *capita selecta* zoals de vraag of de verjaringstermijnen in de sociale zekerheid van openbare orde zijn, de toepassing in de tijd van nieuwe verjaringswetten, de stuiting (o.m. door niet-aangetekende brief, door «schulderkenningstoestand» tijdens de procedure), de schorsing (o.m. inzake terugvordering, subrogatoire vordering en rechtstreekse vordering) en het aanvangspunt van de verjaringstermijn.

In de volgende bijdrage stelt W. Rauws zich de vraag of de sociale zekerheid federaal moet blijven dan wel «gedefederaliseerd» moet worden. De auteur neemt heel dikwijls een standpunt in, dat echter in een andere richting gaat dan wat men, gezien de samenstelling van de Antwerpse Gemeenteraad, van bepaalde Antwerpenaars verwacht. Hij verdedigt nl. het standpunt dat de meeste argumenten pleiten voor het behoud van federale bevoegdheden, en dat een doorgedreven defederalisering meer problemen zou scheppen dan moeilijkheden zou oplossen. Genadeloos zet de auteur zich af tegen rechtsvergelijkende studies die het tegendeel beweren (bv. door erop te wijzen dat het niet opgaat ons systeem te vergelijken met het Amerikaanse, dat immers veel te verschillend is). De exclusieve bevoegdheden worden tegenwoordig vaak geheld omdat de bevoegdheidspakketten van de deelstaten niet homogeen zijn. De auteur benadert de zaken echter in een ander perspectief. Hij meent dat o.m. de connectie tussen het arbeids- en het sociale zekerheidsrecht het noodzaakt dat die mate als één bevoegdheidsgebied wordt toebedeeld aan één wetgever. Van het probleem dat het sociaal beleid – ondanks haar in uitgangspunt federaal karakter – coherentie mist en niet zeer doeltreffend is, doet de auteur zich wel wat gemakkelijk af door te zeggen dat «een rationele en homogene verdeling van bevoegdheden een zeer moeilijke zaak is en dat altijd zal blijven». De bijdrage bevat verschillende pertinente vaststellingen (bv. over de behoefte, i.g.v. defederalisering, aan een coördinatie-wetgeving, die, zoals de Europese Richtlijn 1408/71, het haar de Belgische juristen grijs zal kleuren) en is voorts ook de moeite waard omdat ze banden legt tussen het constitutioneel recht en de sociale zekerheid (over federale trouw, residuaire bevoegdheid, verticaliteitsbeginsel, het probleem Brussel, enz.). De auteur rondt af met een hoofdstuk over de invloed van de defederalisering op bepaalde sociale zekerheidsstakken (bv. arbeidsbemiddeling).

De laatste bijdrage ten slotte is gewijd aan de jaarlijkse vakantie. Dat kan verwondering wekken omdat er geen eensgezindheid bestaat over de vraag of jaarlijkse vakantie tot de sociale zekerheid behoort. Mevr. N. Gybels toont aan dat die vraag niet louter academisch is. Zo is de Verordening 1408/71 enkel van toepassing op de sociale zekerheid en werd reeds geoordeeld dat, aangezien de jaarlijkse vakantie daar niet onder valt, geen bijdragen voor jaarlijkse vakantie verschuldigd zijn wanneer men op grond van de verordening onder de toepassing van het Belgisch recht valt (pp. 329-331). Na een inleiding en historisch overzicht schetst de auteur zeer uitvoerig het toepassingsgebied van de vakantiwetgeving. De auteur maakt bovendien in een overzichtelijk schema duidelijk welke sociale zekerheidsstakken op welke personeelscategorieën van toepassing zijn. In het volgende hoofdstuk zet zij schematisch uiteen welke perioden gelijkgesteld worden met effectieve prestaties.

Jammer is wel dat het schrijven van recensies niet met effectieve prestaties gelijkgesteld wordt. Boeken lezen komt daarentegen wel in aanmerking voor de vakantiwetgeving, want nauwgezet lezen is nu eenmaal harde arbeid. Met het boek dat ter bespreking voorligt, valt dat echter allemaal wel nog mee. Het boek is vlot geschreven, blijft boeien en steekt vol pertinente denksporen. Een echte aanrader dus ... voor uw vakantie!

B. Lietaert

B. HUBEAU en R. DE LANGE (red.), **Het grondrecht op wonen. De grondwettelijke erkenning van het recht op huisvesting in Nederland en België**, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 1995, 188 pp.

Naar aanleiding van de inwerkingtreding van artikel 23 van de geïntegreerde Belgische Grondwet van 17 februari 1994, waarin o.m. het recht op een behoorlijke huisvesting is vastgelegd, werd op 10 maart 1995 te Tilburg een studiedag gehouden over *De grondwettelijke erkenning van het recht op huisvesting in Nederland en België: naar een grondrecht op wonen in de verzorgingsstaat?* Daar onze noorderburen reeds sinds 1983 een grondwettelijke bepaling met betrekking tot het woonrecht kennen, waren de Belgen benieuwd naar de Nederlandse ervaringen, terwijl men vanuit Nederland oogpunt wou weten waarom in België voor een enigszins andere vormgeving van het grondrecht werd geopteerd. Het onderhavige boek bevat de uitgewerkte tekst van de op die studiedag gehouden voordrachten.

De eerste twee bijdragen behandelen de algemene situering van de sociale grondrechten in de respectieve rechtsorden. F.M.C. Vlemminx en H.B.R.M. Kummeling doen dit voor het Nederlandse recht sedert de grondwetsherziening van 1983; K. Rimanque bespreekt de structuur en de rechtsgevolgen van artikel 23 van de geïntegreerde Belgische Grondwet.

De inbedding van het recht op wonen als sociaal grondrecht in de Belgische rechtsorde wordt nader geanalyseerd en besproken door B. Hubeau. Na een korte bespreking van relevante internationale rechtsbronnen (de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens, het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten, het Europees Sociaal Handvest, het EVRM en de Europeesrechtelijke context) en een poging tot algemene omschrijving van de (mogelijke) componenten van het woonrecht, richt de auteur de aandacht op de regeling van het «recht op een behoorlijke huisvesting» in artikel 23 Gw. Hij bekijkt de ontstaansgeschiedenis van het voorschrift, de concrete formulering van het grondrecht op wonen, de betekenis van de koppeling ervan aan het recht «een menswaardig leven te leiden», de omvang en afdwingbaarheid ervan, alsmede de bevoegdheidsverdeling in dezen tussen de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten.

Rode draad in de kritische uiteenzetting van E.M. Peeters over de inbedding van het grondrecht op wonen in de Nederlandse rechtsorde is de vaststelling dat artikel 22, lid 2, van de Nederlandse Grondwet – «Bevordering van voldoende woonegelegenheid is voorwerp van zorg der overheid» – geen (afdwingbaar) recht op wonen construeert. De bepaling houdt slechts een algemene instructie aan de overheid in. En paradoxaal genoeg, zou het woonrecht in het Nederlandse huisvestingsbeleid sedert de invoering van de grondwettelijke norm meer aangetast dan versterkt zijn. Peeters ziet in het woonbeleid sinds 1983 deregulering, decentralisatie, versterking van de marktwerking en terugtrek van de overheid centraal staan. De auteur zou de huisvestingsproblematiek opnieuw hoog op de politieke agenda geplaatst willen zien. Het sociale grondrecht op wonen verdient volgens hem ook concreter en stringenter ge(her)formuleerd te worden, met toebedeling van ruimere toetsingsmogelijkheden aan de rechter.

Vier bijdragen (M.J.M. ten Voorde, M. Dambre, A. Van Oevelen en L.F.M. Verhey) zijn gewijd aan verschillende facetten van de effectivering van het woonrecht in de dagelijkse rechtspraktijk en in het huurrecht. In de tekst van M. Dambre worden o.a. de eerste rechterlijke vonnissen gesignaleerd waarin expliciet naar artikel 23 Gw. verwezen werd (pp. 105-106). Terwijl de Belgische auteurs (Dambre en Van Oevelen) vooral woonbeschermingsmechanismen in het verbintenisrecht en het private huurrecht in het licht stellen, handelen de Nederlandse bijdragen (ten Voorde en Verhey) voornamelijk over terbeschikkingstelling van woonegelegenheid door gemeenten en woningbouwverenigingen. Dit verschil van invalshoek, tussen België en Nederland, betreffende de verhouding tussen publiek- en privaatrecht is ook de editors van het verslagboek opgevallen (Inleiding, p. 8). Zij zien overigens aanwijzingen dat de sterkere huurbescherming in Nederland – het Nederlandse private woninghuurrecht wordt in het verslagboek evenwel nauwelijks toegelicht – misschien een factor is die ervoor zorgt dat de grondrechtelijke kant van het woonrecht in Nederland niet tot sterke bloei gekomen is na de opname in de Grondwet in 1983 (*ibid.*).

Naast juridische, bevat *Het grondrecht op wonen* tevens enkele beleidsgeoriënteerde bijdragen. J. Burgers schetst kort de toestand van de Nederlandse woningmarkt, met bijzondere aandacht voor de

woonsituatie van zwakkere groepen. P. De Decker hangt een cijfermatig ondersteund beeld op van de huisvestingstoestand in Vlaanderen. L. Goossens, H.C.I. Rietman en W.G.M. Salet confronteren in hun bijdragen, elk met eigen accenten, recht en beleidsrealiteit. Hun conclusies zijn niet onverdeeld positief, zonder evenwel van een doembeeld te gewagen («De toestand is ernstig, maar niet hopeloos» – L. Goossens op p. 163).

In een afsluitende bijdrage plaatst M. Rigaux het grondrecht op behoorlijke huisvesting in een ruimere maatschappelijke context.

Een interessant verslagboek, mede dankzij de verschillende invalshoeken van waaruit de problematiek van de woonbescherming bekeken wordt en de kritische benadering door de sprekers-auteurs. Het nodigt meteen ook uit om de komende jaren kritisch te (blijven) bezien hoe het thans grondwettelijk vastgelegde recht op behoorlijke huisvesting zal doorwerken in de rechts- en beleidspraktijk.

Ch. Pauwels

S. CALLENS, **Goed geregeld? Het gebruik van medische gegevens voor onderzoek**, Antwerpen, Maklu, 1995, 538 pp.

1. Dit boek is de handelseditie van het proefschrift waarmee S. Callens in februari 1995 aan de K.U.L. tot doctor in de rechten promoveerde. Het is meteen het eerste nummer in een nieuwe reeks «Medisch recht». In deze interessante studie wordt onderzocht onder welke voorwaarden artsen medische persoonsgegevens mogen verstrekken aan derden (p. 24). Omdat het evenwel niet doenbaar was om alle vormen van medische gegevensstromen te behandelen, heeft de auteur zich beperkt tot één soort van gegevensoverdracht, nl. het beschikken over medische persoonsgegevens voor *medisch-wetenschappelijk onderzoek* (p. 24). In het bijzonder wordt nagegaan of de Wet Verwerking van Persoonsgegevens een goede regeling biedt voor het gebruik van medische gegevens voor onderzoek.

2. Het groeiend (ook maatschappelijk) belang van dit doctoraatsonderwerp staat buiten kijf. Via het gebruik van de informatica is het voor onderzoekers mogelijk om snel over massa's medische persoonsgegevens te beschikken. Verschillende belangen kunnen hierbij conflicteren. Medische persoonsgegevens zijn gegeerd voor wetenschappelijk onderzoek en de verwerking ervan kan een maatschappelijk belang dienen, bv. wanneer het onderzoek op termijn de volksgezondheid of de gezondheid van de individuele patiënt ten goede komt. Ook de overheid kan in het belang van de volksgezondheid medische persoonsgegevens wensen te verzamelen (bv. voor preventieprogramma's). Naast algemene belangen kunnen ook persoonlijke belangen (wetenschappelijke faam, voorbereiding, scriptie, commerciële belangen,...) van de arts-onderzoeker, de farmaceutische industrie, en van de behandelende arts in het geding zijn. Daartegenover staat het individuele belang van de patiënt tot geheimhouding van zijn persoonsgegevens. Centraal staat m.a.w. de vraag hoe deze belangen, en in het bijzonder het algemeen belang om via wetenschappelijk onderzoek de volksgezondheid te bevorderen en het individuele belang op privacy, met elkaar op evenwichtige wijze kunnen worden verzoend.

3. Het proefschrift omvat drie delen. In het eerste deel wordt het onderzoeksobject, nl. het begrip «medisch persoonsgegeven», grondig ontleed. De auteur definieert medische persoonsgegevens als «persoonsgegevens die betrekking hebben op de gezondheidstoestand van een individu of die met deze gezondheidstoestand in verband kunnen worden gebracht» (p. 31). Knelpunten worden niet uit de weg gegaan. De auteur onderzoekt of gegevens m.b.t. embryo's, foetussen en overledenen eveneens onder deze definitie vallen. Hij besluit dat embryo's en foetussen geen juridische personen zijn en dat aldus gegevens die op hen betrekking hebben, geen persoonsgegevens zijn in de strikte zin van het woord. Niet zozeer op basis van juridische argumenten maar om praktische redenen, meent de auteur evenwel dat medische persoonsgegevens zowel gegevens over personen in wording als over overleden personen zouden moeten omvatten (pp. 62-64).

De term «persoonsgegevens» wordt nader gespecificeerd als gegevens die betrekking hebben op een geïdentificeerde of identificeerbare persoon. Wanneer identificatie van personen niet meer mogelijk is, gaat het om anonieme of persoonlijke gegevens. De anonieme gegevens worden op hun beurt onderverdeeld in absoluut anonieme gegevens en feitelijk geanonimiseerde of gecodeerde ge-

gevens waarbij «herleiding tot een persoon» nog mogelijk is via de behandelende arts (p. 67).

In een laatste afdeling spitst de auteur de aandacht toe op de vraag of één bepaalde soort gegevens, nl. de genetische persoonsgegevens, specifieke kenmerken heeft en aldus aan een afzonderlijke regeling moet worden onderworpen. In een uitvoerig en leerrijk betoog – dat de grenzen van het onderzoeksdomein vër overstijgt – komt de auteur tot het besluit dat tussen genetische persoonsgegevens en andere medische persoonsgegevens slechts een graduëel verschil bestaat dat echter geen reden is om (alle) eerstgenoemde gegevens apart te regelen (p. 135).

4. Deel II van dit boek is gewijd aan een rechtsvergelijkend onderzoek van het Nederlandse, het Duitse en het Franse recht. Hier wordt een interessant en uitvoerig gedocumenteerd beeld opgehangen van de regelgeving m.b.t. de verwerking van medische persoonsgegevens in de onderzochte landen. Waar in deze landen oorspronkelijk de toestemming van de patiënt als vereiste gold voor de verwerking van medische persoonsgegevens, blijkt dit nu – op grond van het algemeen belang – vervangen te worden door een «geen bezwaar»-systeem, althans wanneer gebruik wordt gemaakt van gecodeerde gegevens (p. 366 en 372).

Zonder enige afbreuk te doen aan de waarde op zich van dit rechtsvergelijkend onderzoek, kan even worden stilgestaan bij de verantwoording van de keuze van de onderzochte landen. Volgens Callens heeft rechtsvergelijking maar enig nut wanneer de regelgeving van het onderzochte land past «in de politieke, culturele, sociaal-economische en juridische traditie waarop het Belgische recht rust» (p. 248). Nochtans kan m.i. rechtsvergelijking met andere landen eveneens vruchtbaar zijn, bv. wanneer in die landen dezelfde maatschappelijke problemen rijzen en er andere oplossingen voor worden aangereikt, of om inzicht te krijgen in en oplossingen te zoeken naar Belgisch recht voor de verschillende (juridische) problemen die zich reeds elders hebben voorgedaan. Zo kan het verschil in juridische traditie toch niet beletten dat vergelijking met het Anglo-Amerikaanse recht interessante bevindingen kan opleveren, ook *in concreto* inzake het gebruik van medische gegevens (zie bv. de Engelse Data Protection Act en Data Protection Health Order en de juridische commentaren daarover).

5. In deel III wordt allereerst nog een heldere blik geworpen op de grondslagen van de Nederlandse, Duitse en Franse regelgeving om van daaruit een kritische analyse te maken van de Wet Verwerking Persoonsgegevens (W.V.P.). De auteur hekelt terecht de onduidelijkheid van de parlementaire besprekingen m.b.t. art. 7 W.V.P. en bestempelt het toestemmingsprincipe voor medisch-wetenschappelijk onderzoek als achterhaald. Bovendien, zo vervolgt de auteur in een striemend betoog, is het evenmin duidelijk waarover en hoe de onderzoeker de patiënt moet informeren en of er eventueel uitzonderingen mogelijk zijn op het toestemmingsprincipe (bv. de therapeutische exceptie) (pp. 406-423). Weliswaar was het de bedoeling van de minister van Justitie om een specifieke regeling uit te werken voor wetenschappelijk onderzoek (Verslag ontwerp W.V.P., *Gedr. St., Kamer*, 1991-92, nr. 413, 39-40), maar ondertussen kan men niet om de stringente regels van de W.V.P. heen. Maar er is meer. Op het gebruik van medische gegevens voor medisch-wetenschappelijk onderzoek kunnen verschillende regelingen van toepassing zijn, nl. art. 7 W.V.P., art. 458 Sw. (beroepsgeheim) en het K.B. nr. 78 op de uitoefening van de geneeskunst. De vraag rijst hierbij welke regeling voorrang heeft (de meest recente wet, de *lex specialis*, ...). Terecht bekritiseert Callens de wetgever omdat hij de verhouding tussen de vermelde wetsartikelen niet heeft geregeld (p. 436). Het is misschien jammer dat de auteur niet zelf een poging heeft gewaagd dit broeinest van regels te ontwarren. Dit was zeker interessant geweest nu de auteur een merkwaardig standpunt verdedigt m.b.t. het medisch beroepsgeheim. Het is denkbaar, zo stelt Callens, dat het Hof van Cassatie in zijn arrest van 9 februari 1988 (*Arr. Cass.*, 1988, 720), heeft aanvaard dat de toestemming van de patiënt, als rechtvaardigingsgrond, de medische zwijgplicht opheft (pp. 177-178). De uitwerking van deze opvatting had interessante discussiestof opgeleverd, nu zij enerzijds ingaat tegen het strafrechtelijk principe dat de toestemming van het slachtoffer geen rechtvaardigingsgrond uitmaakt, en, anderzijds, het Hof van Cassatie in een later arrest (van 29 oktober 1991, *Arr. Cass.*, 1991-92, 297) de toestemming van de geheimgerechtigde (patiënt) als grond tot opheffing van het beroepsgeheim niet heeft aanvaard.

6. Hoe dan ook, de auteur spuit niet enkel kritiek, maar formuleert ook constructieve voorstellen. Als alternatief voor het toestemmingsprincipe stelt de auteur voor om gebruik te maken van gecodeerde gegevens die, omdat ze geen persoonsgegevens uitmaken, niet onder het toepassingsgebied van de W.V.P. vallen. De voordelen van codering ziet de auteur vooral in het feit dat onderzoekers minder arbeid, tijd en geld moeten besteden omdat het vragen van de toestemming vervangen wordt door een «geen bezwaar»-systeem, het sneller behalen van het «beoogde dekkingspercentage» en in het feit dat het veralgemeend gebruik van computers het gebruik van feitelijk geanonimiseerde gegevens gemakkelijker maakt. Maar, zo waarschuwt Callens, daarmee zijn nog niet alle problemen van de baan. Talrijke vragen blijven moeilijk te beantwoorden: wanneer is er sprake van gecodeerde gegevens en waar ligt de grens met persoonsgegevens, wanneer kan best gebruik gemaakt worden van absoluut anonieme gegevens, gecodeerde gegevens of persoonsgegevens, enz. Rekening houdend met de complexiteit van deze problemen, doet de auteur het interessante voorstel om voor de beantwoording van deze vragen ethische comités in te schakelen, dit echter op voorwaarde dat het aantal ethische comités drastisch wordt beperkt om de deskundigheid ervan te waarborgen. Het proefschrift wordt op originele wijze afgesloten met de conclusies onder te brengen in een uitgewerkte «beslisboom» (pp. 477-478).

Deze belangrijke studie weerspiegelt de enorme kennis van de auteur over dit complexe en maatschappelijk relevante onderwerp. Dat de W.V.P. op de uitoefening van de geneeskunst in het algemeen heel wat *praktische* gevolgen heeft, is door de auteur onlangs nog aangetoond («Callens, S., «Vragen bij de toepassing van de Wet Verwerking Persoonsgegevens in de gezondheidszorg», *T. Gez./Rev.Dr.Santé*, 1995-96, 4 e.v.).

Nu de Regering blijkbaar van plan is via een K.B. nr. 10 een aparte privacy-regeling uit te werken voor wetenschappelijk of statistisch onderzoek, zal zonder twijfel nog veelvuldig een beroep worden gedaan op de deskundigheid van S. Callens in dezen om een helder licht te werpen op deze snel evoluerende materie.

Th. Vansweevelt

MEDEDELINGEN

Studiedag: Permanente vorming van de gerechtsdeurwaarder

Op 1 juni 1996 organiseert de Nationale Kamer der Gerechtsdeurwaarders een studiedag betreffende de taak en de aansprakelijkheid van de gerechtsdeurwaarder.

Programma:

- 9.00u: De bevoegdheid (prof. dr. J. Laenens)
Aanleg (prof. dr. P. Taelman)
- 10.45u: De betekening in het buitenland (mr. R. Dujardin)
Het bewijs, de vaststelling, de dwangsom
(prof. dr. G. de Leval)
- 12.30u: Lunch
- 14.00u: Sancties en aansprakelijkheid (prof. dr. J. Van Compernelle
en mr. P. De Dupuydt)
- 15.30u: Debat en besluit

Voor bijkomende informatie: Nationale Kamer der Gerechtsdeurwaarders, Henri Jasparlaan 93, tel. 02/538.00.92.

Belgische Vereniging voor Milieurecht v.z.w.

Op donderdag 13 juni 1996 organiseert de Belgische Vereniging voor Milieurecht ter gelegenheid van haar jaarlijkse Algemene Vergadering een voordracht over Europese ontwikkelingen op het gebied van aansprakelijkheid.

De spreker is Mevr. Ritt Bjerregaard, Lid van de Europese Commissie.

Voor bijkomende informatie kan U contact opnemen met Mevr. P. Van Pelt, p.a. Belgische Vereniging voor Milieurecht, Universiteitstraat 4, 9000 Gent (Tel.: 09/264.69.26 - fax.: 09/264.69.90).