

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

**PIETER-JAN DEFOORT, De taak van de wetgever inzake ongelij-
ke behandeling op grond van seksuele geaardheid** 625

Rechtspraak

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Mededingingsrecht – Raad voor de Mededinging – Bevoegdheid – Vrije beroepen – Advocatuur
Arbitragehof, 30 april 1997 636

Meineed – Boedelbeschrijving – Bewoner van de plaats Cass., 22 oktober 1996 (*met noot van Steven Van Overbeke, «Het bezit van de sleutel van het sterfhuis en de strafbaarheid van meineed bij een boedelbeschrijving»*) 637

Ondernemingsraad en veiligheidscomité – Beschermde werknemer – Verkiezingen – Kandidaat – Ontslag – Herplaatsing – Aanvraag – Termijn – Aanvraag vóór voordracht van de kandidaturen
Cass., 2 december 1996 639

Recht van verdediging – Strafzaken – Anonieme getuigen Cass., 15 juli 1997 (*met conclusie van advocaat-generaal De Riemaecker*) 640

Raad van State – Administratief kort geding – Intrekking of wijziging van schorsingsarresten – Geen rechtsmiddel R.v.St., 27 mei 1997 642

1. Bewijs – Burgerlijke zaken – a) Dading – b) Wederkerige overeenkomst – Nietigheid van het instrumentum – Dekking van de nietigheid door de uitvoering van de overeenkomst – **2. Dading** – Dwaling – Bedrag van de schadevergoeding voor een ongeval
Hof Antwerpen, 7 februari 1995 643

Faillissement – Aangifte en verificatie van schuldvorderingen – Opname in bevoorrecht passief na sluiting proces-verbaal van verificatie – Betwisting door andere schuldeisers Hof Gent, 23 januari 1997 644

Leasing – Schadebeding bij ontbinding wegens wanprestatie – Verrekening met netto-verkoopopbrengst van het geleasde goed – Meerwaarde
Hof Brussel, 9 juni 1997 645

Intellectuele eigendom – Tekeningen en modellen – Beschermingsomvang – Art. 14 B.T.M.W. – Ondergeschikte verschillen – Winkelkarretjes
Rb. Turnhout, 31 oktober 1996 647

1. Verbintenis – Voorwaarde – Overeenkomst – Potestatieve voorwaarde – Nietigheid – **2. Arbeidsovereenkomst** – Opzegging – Nieuwe overeenkomst – Opschortende voorwaarde – Positieve evaluatie van werknemersprestaties door werkgever – Potestatieve voorwaarde – Nietigheid – Gevolg – Wederkerige overeenkomst – Nietigheid – Opzeggingsvergoeding

Arbrb. Gent, 20 januari 1997 648

1. Factuur – Protest – Terugzenden van de factuur – Draagwijdte – **2. Overeenkomst** – Uitvoering te goeder trouw – Misbruik van contractuele rechten

Kh. Hasselt, 23 oktober 1996 650

Internationaal privaatrecht – Huwelijk – Wederzijdse rechten en plichten van echtgenoten – Dringende en voorlopige maatregelen – Toewijzing van het hoederecht – Erkenning van een Duits vonnis – Art. 10, 1°, a, van het Europees Verdrag van 20 mei 1980 – Art. 8 E.V.R.M.

Vred. Roeselare, 27 maart 1997 652

Rechtspraak in kort bestek

Handelshuur – Door huurder geplande verbouwing – Kosten van het werk – B.T.W. en honorarium van de architect – Geen rekening te houden met de kosten van afwerking
Cass., 4 mei 1995 653

Rechtsmiddelen – Voorziening in cassatie – Termijn – Berekening – Kennisgeving
Cass., 20 mei 1996 654

Bevoegdheid en aanleg – Samenhang – Verwijzing
Cass., 21 oktober 1996 654

Boeken

J. Vande Lanotte, M. Cromheecke en P. Lefranc, Administratieve rechtscollages: een rechtsvergelijkende studie (*door A. Coppens*) 655

P. Beghin e.a., Gentse geschriften – Uitstel en anticipatie van winstneming in het fiscaal recht (*door P. Cauwenbergh*) 655

C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), Strafvordering. Tekst & commentaar (*door S. Van Overbeke*) 655

J. Herbots en Y. Merchiers (red.), m.m.v. M. Dambre en F. Degroote, Woninghuur na de wet van 13 april 1997 (*door B. Hubeau*) 656

A.-Ch. Van Gysel en N. Massager, Actualité du droit du divorce: Les Conférences du Centre de droit privé (*door F. Aps*) 656

J.A.F. Peters, Publiekrechtelijke rechtspersonen (*door I.O.*) 656

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931. Hoofdredacteuren: René Victor (1931-1984), Edgar Boonen (1984-1993)

VERSCIJNT IEDERE WEEK VAN SEPTEMBER TOT JUNI

Redactie: C. Caenepeel, A. Van Oevelen,
E. Dirix, J. Laenens, J.R. Rauws,
A. Vandeplas

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Redactieadres: V.Z.W. Rechtskundig Weekblad
Mechelsesteenweg 210 bus 6
2018 Antwerpen
(redactiesecretariaat bereikbaar
van 9 tot 12 uur)
Tel. 03/248.49.84
Fax 03/248.08.70

Vaste medewerkers:

A. Alen
F. Aps
R. Boes
Gh. Dhaeyer
J. Erauw
P. Humblet
W. Lambrechts
J. Meeusen
H. Nys
I. Opdebeek
W. Pintens
W. Rauws
D. Simoens
G. Suetens-Bourgeois
M. van Damme
S. Van Overbeke
J. Wouters

Abonnementen, advertenties: INTERSENTIA UITGEVERS N.V., Churchilllaan 108, 2900 Schoten
Tel.: 03/680.15.50 - Fax: 03/658.71.21 Abonnementsprijs: 4.550 f., voor studenten 2.950 f..



— UNIFORMIER —

Kledingfabrikanten en specialisten in toga's

DIRK NEVENS

Nieuwe steenweg 8 - 1731 Zellik ☎ (02) 466 09 05
Fax (02) 466 63 24
Molenstraat 23 - 9300 Aalst ☎ (053) 21 47 77
rue du Midi 175 - 1000 Bruxelles ☎ (02) 511 88 06

Basiswetteksten inzake het recht van de intellectuele eigendom

H. Vanhees

90-5095-022-I - 544 blz. - BEF 975

**Tweede geheel herziene druk,
bijgewerkt tot juni 1997**

In dit wetboek worden een groot aantal basiswetteksten op het gebied van de intellectuele eigendom samengebracht. Zowel internationale overeenkomsten als Europese wetteksten en de Belgische wetgeving zijn opgenomen.

INTERSENTIA UITGEVERS N.V.

Antwerpen - Groningen

Churchilllaan 108, 2900 Schoten
Tel.: 03/680.15.50 - Fax: 03/658.71.21

DE TAAK VAN DE WETGEVER INZAKE ONGELIJKE BEHANDELING OP GROND VAN SEKSUELE GEAARDHEID

1. Op 31 mei 1996 werd door de heren Renaat Landuyt en Luc Willems het in de pers fel besproken wetsvoorstel ter bescherming tegen discriminatie op grond van geslacht en seksuele of relationele voorkeur ingediend.¹ Dit wetsvoorstel werd intussen gekoppeld aan de bespreking van het wetsvoorstel van Serge Moureaux en c.s. betreffende het samenlevingscontract² en aan het wetsvoorstel van Renaat Landuyt tot instelling van een instapregeling voor samenwonenden.³ Deze wetsvoorstellen vormen aldus de basis voor de bespreking in de commissie voor de Justitie van de Kamer van Volksvertegenwoordigers⁴ van de maatschappelijke problematiek van samenlevingsvormen buiten het huwelijk in het algemeen en van de ongelijke behandeling van homoseksuelen in het bijzonder.

Gezien de maatschappelijke relevantie van deze problematiek, lijkt het nuttig om eens vanuit juridische hoek te onderzoeken of een optreden van de wetgever in deze aangelegenheid noodzakelijk, aangewezen of gewenst is, en zo ja, op welke wijze de wetgever best kan optreden.

M.b.t. de vraag of een anti-discriminatiewet voor homo's wenselijk en/of noodzakelijk is, rijst volgend fundamenteel probleem dat inzake rassendiscriminatie door Marie-Claire Foblets zeer scherp als volgt wordt verwoord⁵: in hoeverre zijn het recht en de gelijkberechtiging adequate middelen om de ongelijke verhoudingen tussen groepen en/of individuen in de samenleving op te heffen? Gelijke kansen en antiracisme bevinden zich immers in een spanningsveld tussen, enerzijds het recht, en anderzijds de feitelijke ongelijke (machts)verhoudingen in de maatschappelijke omgang. Hoewel het gelijkheidsbeginsel bij ons algemeen aanvaard is, is het nog niet maatschappelijk verwezenlijkt, aangezien er nog steeds groepen worden achtergesteld, zoals arbeiders, vrouwen en migranten.⁶ De identiteit en de belangen van deze onderscheiden groepen zijn dikwijls sterk uiteenlopend, wat meteen betekent dat een verschillend beleid en verschillende juridische maatregelen nodig zijn teneinde een effectieve rechtsbescherming te bieden aan deze diverse groepen.

Indien men ervan uitgaat dat België een democratische rechtsstaat is, dient het beleid er o.m. op gericht te zijn een zo groot mogelijk aantal achterstandsituaties op te heffen. Tot de wezenskenmerken van een democratische samenleving behoort immers het handhaven van een klimaat van plu-

ralisme, verdraagzaamheid en ruimdenkendheid, waarin een evenwicht moet worden gevonden tussen het groepsbelang en de individuele belangen. Daarbij moet een eerlijke en aangepaste behandeling van minderheden mogelijk zijn en moet elk misbruik van een dominante positie worden vermeden.⁷

Bij het uitvaardigen van regelgeving om dit te bereiken kunnen dikwijls ruime tegenstellingen bestaan tussen geoorloofde doelstellingen.⁸ Dit betekent dat bij het uitvaardigen van maatregelen tot het bieden van een effectieve rechtsbescherming aan achtergestelde groepen in de eerste plaats een aantal beleids- en dus *politieke keuzes* moeten gemaakt worden: 1° welke groepen verdienen bescherming en 2° op welke wijze dient de bescherming te worden geboden?

2. Het debat rond een antidiscriminatiewet voor homoseksuelen mag niet beperkt blijven tot een discussie rond het gelijkheidsbeginsel, maar bovendien moet de vraag worden gesteld op welke wijze de wetgever *onverdraagzaamheid* kan beteugelen, evenzeer als ongelijkheid.⁹ Feitelijke discriminatie¹⁰ van een bepaalde groep spruit immers meestal – maar niet altijd – voort uit onverdraagzaamheid t.a.v. deze groep. Dit is zo t.a.v. vreemdelingen, dit is eveneens zo t.a.v. homoseksuelen. Juridische ongelijkheden vinden daarentegen meestal hun oorsprong in een veel complexer geheel van gegevens en doelstellingen, en kunnen niet zomaar worden uitgelegd als 'onverdraagzaamheid'.¹¹ Er kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de kieswetgeving die niet-Belgen uitsluit van het kiesrecht.¹² Het zou nogal simplistisch zijn te stellen dat deze wetgeving uitsluitend geïnspireerd is door onverdraagzaamheid jegens vreemdelingen.

⁷ Vaste rechtspraak van het E.H.R.M., samengevat door RIMANQUE, K., «De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel», *R.W.*, 1992-93, 10, met referenties in voetnoot 47.

⁸ *Ibid.*

⁹ Zie uitgebreid m.b.t. onverdraagzaamheid t.a.v. vreemdelingen: VELAERS, J., «Verdraagzaamheid ook t.a.v. onverdraagzamen? Enkele beschouwingen over de beteugeling van racistische en xenofobe uitingen in een democratische samenleving», in *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Antwerpen, Maklu, 1993, 303-347.

¹⁰ Er is soms terminologische verwarring tussen de woorden discriminatie en ongelijkheid. Ongelijkheid is een eerder neutrale term, terwijl met het woord «discriminatie» doorgaans het onderscheid wordt aangeduid waarvoor geen rechtvaardiging bestaat en dat dus een ongeoorloofde ongelijke behandeling creëert (THEUNIS, J., «Het gelijkheidsbeginsel - Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor «corrigerende ongelijkheden» en doorwerking in private rechtsverhoudingen», in *Postuniversitaire cyclus Willy DELVA (1996-97). Publiekrecht: de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht.*, 154).

¹¹ Het onderscheid tussen juridische en feitelijke ongelijkheden wordt verder behandeld (zie nr. 4).

¹² In deze aangelegenheid is er echter een evolutie merkbaar (zie de bespreking van de herziening van artikel 8 Gw., *Gedr.St.*, Kamer, 1996-97, nr. 354/16).

¹ *Gedr.St.*, Kamer, 1995-96, nr. 600/1.

² *Gedr.St.*, Kamer, 1995-96, nr. 170/1.

³ *Gedr.St.*, Kamer, 1995-96, nr. 372/1. Voor een bespreking van dit wetsvoorstel, zie SNOECK, J., «Wetsvoorstel tot instelling van een instapregeling voor samenwonenden», *De gerechtsdeurwarder*, 1996, 93-95.

⁴ De inleidende uiteenzettingen vonden plaats in de vergadering van de Commissie voor de Justitie van de Kamer van 17 juni 1997.

⁵ Vgl. FOBLETS, M.-C., «Gelijke kansen en racismebestrijding. Beperkingen en mogelijkheden van het recht», *Panopticon*, 1994, 513.

⁶ Hieraan kunnen nog andere groepen worden toegevoegd, zoals homoseksuelen, AIDS-patiënten, gehandicapten e.a.

3. Om de achterstelling van bepaalde groepen te kunnen wegwerken moet men de dieperliggende oorzaken van de achterstellingspositie van deze groepen kennen.

Marie-Claire Foblets heeft deze oorzaken (m.b.t. migranten) in drie grote categorieën ingedeeld:¹³

a) De formeel-juridische ongelijkheid, nl. de ongelijkheid die rechtstreeks of onrechtstreeks voortvloeit uit de wetgeving.

b) Ongelijkheid die in de hand wordt gewerkt door het misbruik van contractvrijheid tussen private personen. Deze ongelijkheid is het gevolg van een verdekt misbruik van machtspositie in de private omgang tussen bijvoorbeeld werkgevers en werknemers, eigenaars en huurders, producenten en consumenten, m.a.w. tussen sterkere en zwakkere contractpartijen in het algemeen.

c) Ongelijkheid die verband houdt met de afwijkende sociaal-culturele leefomstandigheden van achtergestelde groepen in de samenleving. Bepaalde oorzaken van het minder goed presteren in de maatschappij (op school, op het werk, in het verenigingsleven, enz.) liggen in de sociaal-culturele gedragspatronen van een bepaalde groep (opvoedingswaarden, verwantschapsstructuren en preferentiële huwelijksgedragingen, opvattingen over de positie van de vrouw, van kinderen, enz.). Deze oorzaak van achterstalling ligt dus in het gedragspatroon van de achtergestelde groep zelf.¹⁴

Bovenstaande indeling wordt in deze bijdrage volledig overgenomen voor de studie over de ongelijke behandeling van homoseksuelen, maar kan m.i. nog aangevuld worden met twee andere categorieën (die eveneens gelden voor het vreemdelingendebat).

d) De ongelijkheid die voortvloeit uit een ongelijke toepassing van de wetten door een overheid of overheidsdienst. In deze gevallen is er geen formeel-juridische ongelijkheid, maar wordt de toekenning van een bepaald recht geweigerd of worden bepaalde rechten geschonden door een overheid. Bijvoorbeeld: willekeurige aanhoudingen of huiszoekingen; het weigeren van een subsidie of van een sociale woning, enz.

e) De ongelijkheid die voortvloeit uit feitelijke gedragingen t.a.v. een bepaalde groep. Hierbij gaat het om situaties buiten de contractuele verhouding tussen personen (zie categorie b), maar om louter feitelijke gedragingen, bijvoorbeeld het uitschelden van iemand op straat of niet-hoffelijk gedrag, het publiceren van geschriften gericht tegen een bepaalde groep, enz.

4. Daarenboven dient er een duidelijk onderscheid te worden gemaakt tussen de 'juridische ongelijkheden en/of discriminaties' (hierboven categorie a) en de 'feitelijke of materiële ongelijkheden en/of discriminaties' (hierboven categorieën b-e).¹⁵

¹³ FOBLETS, M.-C., l.c., 514.

¹⁴ Deze categorie geldt uiteraard veel minder uitgesproken voor homoseksuelen dan voor vreemdelingen, maar er kan in beperkte mate toch gesproken worden voor een specifiek gedragspatroon bij bepaalde homoseksuelen in bepaalde omstandigheden (bijvoorbeeld het etaleren van de homosexualiteit door het dragen van bepaalde kledij, het frequenteren van specifieke homobars, e.d.m.).

¹⁵ THEUNIS, J., «Het gelijkheidsbeginsel – Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor «corrigerende ongelijkheden» en doorwerking in private rechtsverhoudingen», in *Postuniversitaire cyclus Willy Delva (1996-97). Publiekrecht: de doorwerking*

- De *formeel-juridische ongelijkheden* (hierna punt I) liggen besloten in de wet zelf.

- Bij de *feitelijke of materiële ongelijkheden* (hierna punt II) maakt de wet geen enkel onderscheid t.a.v. de ongelijk behandelde groepen, maar ligt de ongelijkheid in een ongelijke *behandeling* die het gevolg is van feitelijke gedragingen van de burgers of overheidsdiensten.

Dit onderscheid is belangrijk voor de conclusies m.b.t. de taak van de wetgever: de wetgever heeft namelijk volledige controle over de formeel-juridische ongelijkheden – binnen de grenzen gesteld door het Arbitragehof (zie nr. 9) –, en kan deze te allen tijde wegwerken of nieuwe creëren, indien daarvoor de politieke wil en meerderheid bestaat.

Dit is anders met de feitelijke ongelijkheden: de wetgever kan onmogelijk *alle* feitelijke ongelijkheden wegwerken, aangezien feitelijke ongelijkheden zich op de meest verscheiden wijzen voordoen, en bovendien niet steeds kunnen worden gedefinieerd. De wetgever kan wel bepaalde feitelijke ongelijkheden proberen weg te werken indien daarvoor de politieke wil en meerderheid bestaat. Het aanleggen van een lijst met alle mogelijke soorten (feitelijke) ongelijkheden is per definitie onmogelijk¹⁶, maar vooral volkomen zinloos. Absolute gelijkheid, juridisch of feitelijk, bestaat immers niet, en is bovendien ongewenst.¹⁷

Deze wijsheid is trouwens niet nieuw, en werd reeds in de vorige eeuw door vooraanstaande constitutionalistenaar aanleiding van de bespreking van het gelijkheidsbeginsel opgemerkt: «La promesse de la charte n'est pas de corriger l'inégalité naturelle, tâche absurde et surhumaine, qu'il ne faudrait pas même entreprendre si elle était possible, mais de ne pas l'admettre dans le domaine du droit; ce qui se réduit à dire que la loi ne doit pas créer de privilèges»¹⁸

Wat eventueel wel kan beoogd worden, is het wegwerken van (*ongeoorloofde en ongewenste*) *discriminaties*. Algemeen kan gesteld worden dat er pas sprake is van discriminatie, indien er een ongeoorloofde ongelijkheid bestaat.¹⁹ Daarnaast bestaan er dus ook geoorloofde ongelijkheden.

5. Hieronder wordt nagegaan wat de mogelijkheden zijn van de wetgever om bepaalde ongelijkheden weg te werken, of integendeel in het leven te roepen of te houden. De werkwijze gebeurt aan de hand van de vorige indeling in juridi-

van het publiekrecht in het privaatrecht, Gent, Mys & Breesch, 1997, 133.

¹⁶ DE TEMMERMAN, W., «Vier verbazingen en geen einde», in de rubriek «Ja/nee/een mening», *De Morgen*, 17 juli 1996, 2; FOBLETS, M.-C., l.c., 519.

¹⁷ LOENEN, T., «Mensenrechtelijke aspecten van de leefvormproblematiek I: familierecht», *N.C.J.M.bulletin*, 1994, 223.

¹⁸ HELLO, C.G., *Du régime constitutionnel*, Brussel, 1849, 38, overgenomen door ORBAN, O., *Le droit constitutionnel de la Belgique, Tome III, Libertés constitutionnelles et principes de législation*, Lui, Dessain, 1911, 113-114 en door VANDE LANOTTE, J., m.m.v. GOEDERTIER, G., *Inleiding tot het publiek recht, Deel 2, Overzicht van het publiek recht*, Brugge, Die Keure, 1997, nr. 503.

¹⁹ BOUTMANS, E., «De toepassingsmogelijkheden van de Racismewet», *Panopticon*, 1989, 30; RIMANQUE, K., «Het gelijkheidsbeginsel: gelijkheidsteken tussen Belgen en vreemdelingen?», in *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen*, Brugge, Die Keure, 1995, 270; VAN HEUVEN, D., «Enkele beschouwingen over het gelijkheidsbeginsel», *R.W.*, 1990-91, 586.

sche discriminaties enerzijds en feitelijke discriminaties anderzijds.

I. FORMEEL-JURIDISCHE ONGELIJKHEDEN

6. Formeel-juridische ongelijkheden zijn ongelijkheden die hun oorsprong vinden in de rechtsregels zelf.

Juridische ongelijkheid is in de eerste plaats een juridisch vraagstuk, aangezien alle wetgevende akten moeten beantwoorden aan het gelijkheids- en het non-discriminatiebeginsel. Deze beginselen zijn juridische normen die hun rechtsgrond vinden in o.a. de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Het gelijkheidsbeginsel betreft niet de feitelijke gelijkheid, maar enkel de juridische gelijkheid of rechtsgelijkheid, nl. 'gelijkheid voor de wet'.²⁰

Het gelijkheidsbeginsel houdt echter niet in dat er absolute juridische gelijkheid zou moeten bestaan, wel 'relatieve juridische gelijkheid'. Voor ongelijke situaties kunnen en moeten ongelijke regels gelden.²¹

7. M.b.t. de vraag naar juridische discriminatie van homoseksuelen is de voornaamste rechtstreekse formeel-juridische ongelijkheid de onmogelijkheid om te huwen. Er moet hierbij worden opgemerkt dat het Burgerlijk Wetboek nergens als voorwaarde om te kunnen huwen stelt dat de partners van verschillend geslacht moeten zijn. Dit wordt echter traditioneel beschouwd als vanzelfsprekend tot het wezen van het huwelijk te horen.²²

De onmogelijkheid te huwen impliceert echter verschillende onrechtstreekse ongelijkheden: een homoseksueel die een vaste partner heeft kan immers niet huwen en bijgevolg geen aanspraak maken op de rechtsgevolgen die het huwelijk met zich meebrengt.²³ Partners van hetzelfde geslacht zijn als het ware gedoemd om op het algemene verbintenis-

senrecht terug te vallen om alle rechtsgevolgen en materiële zaken te regelen die het samenwonen meebrengen.²⁴

Dit is een fundamentele ongelijkheid t.a.v. heteroseksuelen: zij hebben de keuze om al of niet te huwen en dus om al of niet te wettelijke gevolgen van het huwelijk te kunnen inroepen.²⁵

In beginsel worden personen van hetzelfde geslacht die samenwonen en een duurzame affectieve en seksuele relatie²⁶ hebben, juridisch evenmin erkend als een «feitelijk gezin»²⁷, waardoor er niet alleen een ongelijke behandeling was van homoseksuele partners t.a.v. gehuwden, maar tevens t.a.v. heteroseksuele partners. Hierin lijkt echter langzaam maar zeker enige verandering te komen, zowel in de rechtspraak²⁸ als bij de wetgever.²⁹

²⁴ Zie hierover zeer uitgebreid: LOUWETTE, M. en BELMANS, K., *Gids voor samenwoners. Sociale en juridische informatie*, Antwerpen, Standaard uitgeverij, 1996, 232 blz.; MEWISSEN, E., *Samenlevingscontracten zonder huwelijk. Wonen, werken en erven voor ongehuwde koppels. Een juridische handleiding*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 76 blz.; X (Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen, ed.), *Ongehuwd samenwonen*, Deurne, Kluwer, 1996.

²⁵ SENAËVE, P., «Heeft de wetgever een taak op het terrein van de rechtsvorming inzake buitenhuwelijkse tweerelaties», *Vlaams jurist vandaag*, 1996, 12.

²⁶ Omschrijving geformuleerd door de Raad van State in zijn advies bij het wetsontwerp strekkende om het geweld tussen partners tegen te gaan, *Gedr. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 949/2, 9-10.

²⁷ Zie bijv. het advies van de Raad van State bij het wetsontwerp strekkende om het geweld tussen partners tegen te gaan, *Gedr. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 949/2, p. 8-10.

²⁸ Zie bijvoorbeeld het zeer interessante vonnis van de Arbeidsrechtbank Gent, 4 april 1996, *Journal des Procès*, 1996, 22-24, met noot VERSLUYS, L., «Homosexualité et chef de famille». In dit vonnis meende de arbeidsrechtbank dat artikel 160, §8, derde lid, van het (toenmalige) Werkloosheidsbesluit van 20 december 1963 onwettig was, en weigerde het bijgevolg op grond van artikel 159 G.W. de toepassing ervan. De bepaling in kwestie hield inzake het recht op een uitkering als gezinshoofd een gelijkstelling in tussen gehuwden en personen van verschillend geslacht die een feitelijk gezin vormden. De rechtbank meende dat het gelijkheidsbeginsel hier werd geschonden, omdat «bij samenwonende partners van hetzelfde geslacht de specifieke band en de wederzijdse afhankelijkheid dezelfde is als bij de in concubinaat levende partners». Tegen deze beslissing werd aanvankelijk hoger beroep aangetekend door de R.V.A., maar later werd afstand gedaan van dit beroep, omdat de bevoegde minister aangekondigd had dat het K.B. zou worden gewijzigd in de zin van de uitspraak van de rechtbank. Deze wijziging werd intussen ook effectief doorgevoerd door art. 4 A, K.B. 4 augustus 1996 (B.S., 14 augustus 1996), met ingang van 1 september 1996 (art. 9). Het huidige art. 110, §1, tweede lid, van het K.B. van 25 november 1991 houdende de werkloosheidsreglementering bepaalt dat «met de echtgeno(o)t(e) gelijkgesteld wordt, de persoon die met de werknemer een feitelijk gezin vormt en die financieel te zijnen laste is, in zoverre deze persoon geen bloed- of aanverwant is tot en met de derde graad, noch kind waarvoor de werknemer of een ander gezinslid aanspraak kan maken op kinderbijslag». Zie in dit verband bijv. ook de begripsomschrijving van het «feitelijk gezin» in art. 13, §1, tweede lid, van het K.B. van 30 oktober 1974 houdende algemeen reglement betreffende het bestaansminimum: «... worden als feitelijk gezin beschouwd de man en de vrouw die samenleven alsof ze gehuwd waren». Rekening houdende met het hierboven aangehaalde vonnis van de arbeidsrechtbank van Gent lijkt dit K.B. onwettig.

²⁰ ALEN, A., «Gelijkheid en non-discriminatie in het interne recht: synthese», in ALEN, A. en LEMMENS, P. (red.), *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 201, nr. 1; DELPEREE, F., *Droit Constitutionnel, Tome I, Les données constitutionnelles*, Brussel, Larcier, 1980, p. 190, nr. 110; HELLO, C.G., o.c., 38; MAST, A. en DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, nr. 446, p. 520; ORBAN, O., o.c., 113-114; THEUNIS, J., l.c., 131-136.

²¹ Bijv. Arbitragehof, nr. 32/95, 4 april 1995, B.S., 19 mei 1995; FOBLETS, M.-C., l.c., 517-518; ORBAN, O., o.c., 121; THEUNIS, J., l.c., 145, nr. 165, en de aldaar geciteerde rechtspraak van het Arbitragehof.

²² GERLO, J., *Personen- en familierecht, Deel 1*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 136; MEWISSEN, E., *Samenlevingscontracten zonder huwelijk*, Gent, Mys & Breesch, 1996, nrs. 1-2; PAUWELS, J.M., *Beginselen van personen- en familierecht, Boekdeel 2 Relatierecht*, Leuven, Acco, 1985, p. 26, nr. 11.44. Zie nochtans het wetsvoorstel van VAN DEN EYNDE, F. e.a. (Vlaams Blok) tot aanvulling van het Burgerlijk Wetboek met het oog op de opneming van het geslachtsverschil als huwelijksnorm, *Gedr. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 932/1.

²³ De rechtsgevolgen van het huwelijk zijn vooral gelegen in het familierecht, eigendoms- en erfrecht, immigratie- en nationaliteitsrecht, fiscaal recht en sociale zekerheidsrecht (WAALDIJK, K., «The Legal Situation in the Member States», in *Homosexuality: A European Community Issue. Essays on Lesbian and Gay Rights in European Law and Policy*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, 91-92; MEWISSEN, E., o.c., nr. 5).).

Hierna wordt nagegaan of de onmogelijkheid te huwen een ongerechtvaardigde en/of een ongewenste ongelijkheid is. Eerst wordt onderzocht of de onmogelijkheid te huwen voor partners van hetzelfde geslacht in strijd is met de internationale mensenrechtenverdragen en daarna of het in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.

A. Internationale mensenrechtenverdragen

8. Uit art. 12 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (E.V.R.M.)³⁰ en de rechtspraak in dit verband, blijkt dat het huwelijk beschouwd wordt als een associatie tussen twee personen van verschillend geslacht. Homoseksuelen die in het huwelijk zouden willen treden, kunnen zich niet beroepen op art. 12 E.V.R.M.³¹

De vraag kan vervolgens worden gesteld of samenleven-de partners van het zelfde geslacht eventueel bescherming genieten van art. 8 E.V.R.M. (recht op privé-leven en op gezinsleven). Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat homoseksuele relaties beschermd worden door het recht op eerbiediging van het pri-

vé-leven, in die zin dat het volledig verbieden van homoseksualiteit niet toelaatbaar is, maar dat het bij wet voorzien van verschillen in de toelaatbare leeftijd voor het stellen van homoseksuele dan wel heteroseksuele handelingen wel aanvaardbaar is.³²

Over de vraag of een homoseksueel paar een succesvol beroep kan doen op het recht op eerbiediging van het gezinsleven heeft het Hof nog geen uitspraken gedaan³³ maar de Commissie heeft specifiek inzake homoseksuelen een beperkte interpretatie gegeven aan het concept gezinsleven: «despite the modern evolution of attitudes towards homosexuality (...) the applicants' relationship does not fall within the scope of the right to respect for family life ensured by article 8»³⁴ Men kan zich vragen stellen bij de terughoudendheid van de Commissie t.a.v. partners van hetzelfde geslacht, aangezien het begrip «gezinsleven» volgens de Commissie en het Hof niet beperkt is tot relaties tussen gehuwden en hun kinderen, maar dat het zich uitstrekt tot bijna iedere vorm van constante relatie tussen verwanten en/of samenwonenden.³⁵

Conclusie: partners van hetzelfde geslacht kunnen voorts nog geen recht op een huwelijk of op een gezinsleven putten uit de mensenrechtenverdragen, zodat ze zich beter kunnen richten tot de nationale wetgever met hun eisen van gelijke behandeling als gehuwde paren.³⁶

²⁹ Zie het in vorige voetnoot geciteerde art. 110, §1, tweede lid, van de werkloosheidsreglementering. Zie ook het voorstel van decreet van Guy Swennen en Sonja Becq houdende regeling van de successietarieven tussen samenwonenden, *Gedr.St., VI.P.*, 1996-97, nr. 694/6, dat in art. 2 bepaalt dat voor de toepassing van dit artikel onder samenwonenden wordt verstaan «personen die op de dag van het openvallen van de nalatenschap minstens drie jaar ononderbroken met de erflater samenwonen, te bewijzen met een uittreksel uit het bevolkingsregister, en er een gemeenschappelijke huishouding mee voeren, hetgeen een weerlegbaar vermoeden inhoudt. Het voeren van een gemeenschappelijke huishouding blijkt onder meer uit de voortgezette wil van de partijen daartoe en de bijdrage van de partijen in de kosten van deze huishouding». Dit voorstel werd ingediend ter vervanging van een eerder voorstel van decreet van Guy Swennen houdende wijziging van art. 48 van het Wetboek der successierechten inzake in partneriaat samenwonenden, *Gedr.St., VI.P.*, 1996-97, nr. 488/1 en werd goedgekeurd in de plenaire vergadering van 10 juli 1997. Zie eveneens het reeds geciteerde wetsontwerp strekkende om het geweld tussen partners tegen te gaan, *Gedr. St., Kamer*, 1996-97, nr. 949/6, waarin het aanvankelijke begrip «als gehuwden samenleven» werd gewijzigd in «de persoon met wie hij of zij samenleeft en een duurzame affectieve en seksuele relatie heeft» (goedgekeurd in de plenaire vergadering van 10 juli 1997). Zie voor een overzicht van landen in Europa waar langzamerhand een aantal huwelijksvoordelen worden toegekend aan partners die in ongetrouwd verband samenleven: WAALDIJK, K., *l.c.*, 93-97.

³⁰ Vgl. art. 23 Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (BUPO), art. 16 Universele verklaring van de Rechten van de Mens, art. 17 van de Amerikaanse Conventie voor de Rechten van de Mens.

³¹ I.v.m. art. 12 E.V.R.M.: E.H.R.M., REES, 17 oktober 1986, *Publ.Hof.*, serie A, Vol. 106, E.H.R.M., COSSEY, 27 september 1990, *Publ.Hof.*, Serie A, vol. 184; Commissie, nr. 7114/75, 13 december 1979, Hamer tegen VK, *D&R*, 24, 16; Commissie, nr. 8186/78, 10 juli 1980, Draper tegen VK, *D&R*, 24, p. 81; Commissie, nr. 11.095/, 84, 7 maart 1989, W. tegen VK, *D&R*, 63, p. 34. Zie hierover: WAALDIJK, K., «The legal situation in the Member States», in *Homosexuality: A European Community Issue. Essays on Lesbian and Gay Rights in European Law and Policy*, Dordrecht/Boston/London, Martin Nijhof Publishers, 1993, 91-93; VAN DIJK, P., «The Treatment of Homosexuals under the European Convention on Human Rights», in *ibid.*, 198-199. Zie ook MULDER, L., «Té gelijk voor de wet: het «homo-huwelijk» als heet hangijzer», *T.B.P.*, 1991, 309-310.

³² E.H.R.M., NORRIS, 26 oktober 1988, *Publ.Hof.*, Serie A, Vol. 142, 17; Commissie, 19 mei 1992, KERKHOVEN, A.M. HINKE en S. HINKE, tegen Nederland, nr. 15666/89, *Rechtspraak Nemesis*, 1992, 291; CLAPHAM, A. en WEILER, J.H.H., «Lesbians and Gay Men in the European Community Legal Order», in *Homosexuality: A European Community Issue, o.c.*, 43-46; KINGSTON, J., «Sex and Sexuality under the European Convention on Human Rights», in *Human Rights. A European perspective*, Dublin, The Round Hall Press, 1994, 181-185; LOENEN, T., *l.c.*, 218; MILLNS, S., «Homosexual rights and wrongs under the European convention on human rights: a question of privacy or equality?», in *Legal visions of the new Europe*, London/Dordrecht/Boston, Graham & Trotman/Martinus Nijhof, 1993, 228-234; SCHUTTE, L. en JORGENSEN, H., «Recht op Homohuwelijk?», *Ars Aequi*, 1997, 90; VAN DIJK, P., *l.c.*, 185-189. Zie voor een recente toepassing in de Belgische rechtspraak: Rb. Brussel, Kort geding, 14 mei 1997, *onuitgegeven*, A.R. nr. 97/678/6, waarin de voorzitter besliste dat de seksuele voorkeur tot het meest intieme van de mens behoort en bescherming geniet tegen openbaringen in de pers, zelfs als het om publieke figuren gaat.

³³ SCHUTTE, L. en JORGENSEN, H., *l.c.*, WINTERMUTE, *Sexual orientation and human rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 111.

³⁴ Commissie, 3 mei 1983, X en Y tegen VK, nr. 9369/81, *D&R*, 32, p. 220. Zie ook Commissie, KERKHOVEN, A.M. HINKE en S. HINKE tegen Nederland, nr. 15666, 19 mei 1992, *Rechtspraak Nemesis*, 1992, 291, besproken door SCHUTTE, L. en JORGENSEN, H., *l.c.*, 90-91; LOENEN, T., *l.c.*, 218; VAN DIJK, P., *l.c.*, 1989-1993; VAN RHEE, C.H., «Een bijzonder gezin», *N.J.B.*, 1990, 1670-1675; VELU, J. en ERGEC, R., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Brussel, Bruylant, 1990, nr. 653.

³⁵ ALLEN, A., *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1995, nr. 612; LOENEN, T., *l.c.*, 216-218; SCHUTTE, L. en JORGENSEN, H., *l.c.*, 91; VAN DIJK, P., *l.c.*, 190; VANDE LANOTTE, J., m.m.v. GOEDERTIER, G., *o.c.*, nr. 591-597 VAN RHEE, C.H., *l.c.*, 1672-1675.

³⁶ SCHUTTE, L. en JORGENSEN, H., *l.c.*, 91.

B. Het gelijkheidsbeginsel

9. De hoogste rechtscollages hebben in hun rechtspraak de grenzen vastgelegd waarbinnen ongelijkheden kunnen gecreëerd worden bij het uitvaardigen van rechtsregels. Indien deze grenzen worden overschreden, is er sprake van een ongeoorloofde ongelijkheid of een discriminatie. Nadat er aanvankelijk een aantal onderlinge verschillen waren tussen de rechtspraak van het Hof van Cassatie, de Raad van State, het Arbitragehof en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (E.H.R.M.), hanteren deze rechtscollages nu *grosso modo* dezelfde normen.³⁷

Samenvattend kan gesteld worden dat ongelijke behandeling geoorloofd is indien tegelijkertijd aan volgende voorwaarden voldaan is:

- er moet een objectief onderscheid bestaan tussen de verschillende situaties en dit onderscheid moet redelijkerwijze in verband kunnen gebracht worden met het nagestreefde doel (pertinentiecriteria);

- het nagestreefde doel moet geoorloofd zijn, d.w.z. het algemeen belang beogen en niet in strijd zijn met hogere rechtsnormen (teleologisch criterium);

- er moet een redelijke verhouding bestaan tussen de genomen maatregel en haar gevolgen enerzijds en het (geoorloofde) doel anderzijds (proportionaliteitscriterium).

Bij dit alles is het belangrijk om te merken dat de beleids- of politieke keuzes aan de diverse regelgevers toekomen, en dat de diverse rechtscollages zich voor de opportuniteitsvragen over het gestelde doel en de gekozen maatregel niet in de plaats kunnen stellen.

Eveneens moet worden opgemerkt dat er enkel sprake kan zijn van een schending van het gelijkheidsbeginsel indien de beweerde ongelijke behandeling betrekking heeft op twee situaties die voldoende vergelijkbaar zijn.

10. Op grond van de hierboven besproken grenzen van het gelijkheidsbeginsel kan de vraag worden gesteld of de onmogelijkheid om te huwen voor personen van hetzelfde geslacht onrechtmatig is.

Zonder in de plaats te willen treden van het Arbitragehof, meen ik toch dat het probleem een genuanceerd debat verdient: voor een aantal aspecten is er geen onderscheid te maken tussen personen die samenwonen en een duurzame affectieve en seksuele relatie hebben en partners van een verschillend geslacht³⁸, maar m.b.t. een aantal andere aspecten van de relatie bestaat er inderdaad een objectief onderscheid tussen homo- en heteroseksuele partners (vooral

de mogelijkheid om samen kinderen te verwekken).³⁹ Aan de andere kant moet men vaststellen dat bijvoorbeeld de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens aanvaardt dat de biologische mogelijkheid of intentie tot voortplanting geen noodzakelijke vereiste is voor het huwelijk.⁴⁰

De vraag blijft uiteindelijk of er een redelijke verhouding bestaat tussen de genomen maatregel, nl. de onmogelijkheid te huwen voor personen van hetzelfde geslacht, en haar gevolgen enerzijds, en het nagestreefde doel anderzijds (het proportionaliteitscriterium, zie randnr. 9). Hierbij moet er rekening mee worden gehouden dat de wetgever over een zeer ruime discretionaire bevoegdheid beschikt om zijn doeleinden te bepalen en om de middelen te kiezen om deze doelstellingen te bereiken⁴¹, zodat het voorbehouden van het eigenlijke huwelijk voor partners van verschillend geslacht op het eerste gezicht niet per definitie een schending van het gelijkheidsbeginsel lijkt te impliceren.⁴²

11. Indien er eventueel argumenten kunnen bestaan om het huwelijk als dusdanig voor te behouden voor partners van verschillend geslacht, dan is het ontbreken van elk 'statuut' voor mensen van hetzelfde geslacht die samenwonen en een duurzame affectieve en seksuele relatie hebben, niet langer redelijk te verantwoorden, zodat het optreden van de wetgever toch dringend gewenst is.⁴³ Het moet trouwens wor-

³⁹ Zie uitgebreid over de problematiek van de gelijkheid tussen homo- en heteroseksuele koppels: MILLENS, S., *l.c.*, 234247.

⁴⁰ Commissie, COSSEY tegen VK, rapport van 9 mei 1989, *Publ. Hof*, Serie A, Vol. 184, 49-50. Zie in dezelfde zin MULDER, L., *l.c.*, 310-311.

⁴¹ SUETENS, L.P., «Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof», in ALEN, A. en LEMMENS, P., (red.), *Gelijkheid en non-discriminatie, o.c.*, 107; DEFOORT, P.J., «Het Duinendecreet: een duidelijke beleidskeuze», *R.W.*, 1994-95, 1283-1285; DE RIDDER, P., «De beperkte toetsing van het gelijkheidsbeginsel door het Arbitragehof», *R.W.*, 1990-91, 489; VELAERS, J., *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, nr. 194 en 211.

⁴² Zie echter in tegengestelde zin: Supreme Court van Hawaiï, *Baehr v. Lewin*, 852, P.2d 44, Ha sup. Ct., 199, aangehaald door SCHUTTE, L. en JORGENSEN, H., *l.c.*, 91.

⁴³ SENAËVE, P., *l.c.*, 13. Vgl. een uitspraak van de hoge Raad in Nederland, die oordeelde dat het feit dat het huwelijk niet openstaat voor partners van hetzelfde geslacht niet in strijd is met enige verdragsbepaling, maar dat de mogelijkheid bestaat dat het onvoldoende gerechtvaardigd is dat een bepaald rechtsgevolg wel aan het huwelijk wordt verbonden, maar niet aan het duurzaam samenleven van twee personen van hetzelfde geslacht (Hoge Raad, 19 oktober 1990, *R.v.d.w.*, 1990, 176, aangehaald door LOENEN, T., *l.c.*, 214, voetnoot 13; MULDER, L., *l.c.*, 310). Vgl. eveneens Arbitragehof, nr. 31/96, 15 mei 1996, *B.S.*, 25 juni 1996, waarbij het Arbitragehof een schending van het gelijkheidsbeginsel vaststelde tussen de ambtenaren in dienst van een bestuurlijke overheid, voor wie een beroep bij de Raad van State openstaat tegen bestuurshandelingen van die overheid, en de ambtenaren in dienst van een wetgevende vergadering voor wie ter zake geen enkele jurisdictionele waarborg bestaat. Niet het feit dat de ambtenaren in dienst van een wetgevende vergadering niet bij de Raad van State terecht kunnen, maar wel het feit dat *geen enkel* beroep tot nietigverklaring bestaat tegen bestuurs-handelingen van de wetgevende vergadering waarvoor ze werken, staat niet in verhouding tot het doel (overweging B.4). Het Arbitragehof stelde expliciet dat slechts een tussenkomst van de wetgever deze situatie kan verhelpen, maar dat de wetgever ter zake zou kunnen voorzien in specifieke waarborgen. Zie in dezelfde zin Arbitra-

³⁷ Hierover bestaat zeer uitgebreide rechtsliteratuur (zie o.a. ALEN, A., *o.c.*, nrs. 307-310; ALEN, A. en LEMMENS, P., (red.), *Gelijkheid en nondiscriminatie*, Antwerpen, Kluwer, 1991; RIMANQUE, K., «De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel», *R.W.*, 1992-93, 6-15; THEUNIS, J., «Het gelijkheidsbeginsel – Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor «corrigerende ongelijkheden» en doorwerking in private rechtsverhoudingen», in *Postuniversitaire cyclus Willy DELVA (1996-97). Publiekrecht: De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 129-181; VANDE LANOTTE, J., m.m.v. GOEDERTIER, G., *o.c.*, 249-259; VAN HEUVEN, D., «Enkele beschouwingen over het gelijkheidsbeginsel», *R.W.*, 1990-91, 585-596; X., «Het gelijkheidsbeginsel», Preadviezen XXXVste Rechtscongres Vlaamse Juristenvereniging, *R.W.*, 1991-92, 1139-1239).

³⁸ Zie bijvoorbeeld Arbrb. Gent, 4 april 1996, *Journal des procès*, 1996, 22-24, met noot VERSLUYS, L.; SENAËVE, P., *l.c.*, 13.

den herhaald dat homoseksuele koppels niet alleen uitgesloten zijn van het huwelijk, maar dat zij bovendien in beginsel ook niet bepaalde voordelen kunnen genieten die wel toekomen aan niet-gehuwde heteroseksuele samenwonenden (zie randnr. 7).

De discussie over een huwelijk voor partners van hetzelfde geslacht mag m.i. niet gaan over het etiket «huwelijk», maar wel over het regelen van de rechtsgevolgen van het duurzaam samenleven van partners van hetzelfde geslacht in een affectieve of seksuele relatie ⁴⁴ wat, of men dit verwerpelijk vindt of niet, een maatschappelijke realiteit is.

Loenen ⁴⁵ somt vier redenen op waarom de overheid feitelijke samenlevingsvormen (met inbegrip van het feitelijk samenleven van heteroseksuele partners) moet regelen, en niet de absolute relativiteit mag laten bestaan:

1) Overheidsonthouding t.a.v. feitelijke samenlevingsvormen is niet-neutraal: niet-handelen betekent in feite dat de overheid het «losse» individu ofwel de alleenstaande leefvorm tot maatstaf neemt, en dat is net zomin een neutrale standaard als bij voorbeeld het tot uitgangspunt nemen van de huwelijkse leefvorm. Met betrekking tot die zaak onderschrijf ik de idee dat de overheid zich niet als zedenmeester mag opwerpen door uitsluitend op grond van een moreel oordeel over bepaalde leefvormen een behoren op te leggen of de ene leefvorm boven de andere te bevoorstellen. ⁴⁶

2) De bescherming van de rechten en belangen van anderen, en dan met name van de zwakkere en afhankelijke personen (vooral kinderen en financieel-economisch afhankelijke partners), behoort tot de taken van de overheid.

3) In de sociale rechtstaat rust op de overheid de positieve verplichting om voor haar onderdanen de voorwaarden te scheppen om hun relaties naar eigen wens in te richten. ⁴⁷

4) De overheid moet de relativiteit reguleren om de financiële gevolgen ervan te leggen waar ze behoren te liggen, zowel tijdens als na het eventueel beëindigen van de relatie (vooral m.b.t. de rechten en plichten in de sociale zekerheid).

12. Als voorlopige conclusie bij dit onderdeel kan gesteld worden dat de wetgever ertoe gehouden is een regeling uit te werken voor samenlevende partners van hetzelfde ge-

hof, nr. 36/96, 6 juni 1996, *B.S.*, 10 juli 1996 over het ontbreken van de mogelijkheid voor een niet-ontvoogd kind van vijftien jaar om zijn instemming met erkenning door een vrouw te weigeren, terwijl deze mogelijkheid wel bestaat ten aanzien van de erkenning door een man. Zie hierover: POPELIER, P., «De beoordeling door het Arbitragehof van het ontbreken van een wettelijke regeling», *R.W.*, 1996-97, 1249-1252. Deze redenering zou *mutatis mutandis* kunnen gelden voor de alhier besproken problematiek: de wetgever zou niet verplicht zijn het huwelijk open te stellen voor partners van hetzelfde geslacht, maar zou kunnen voorzien in een specifiek statuut.

⁴⁴ Zie ook SCHUTTE, L. en JORGENSEN, H., *l.c.*, 91-92.

⁴⁵ LOENEN, T., *l.c.*, 211-213.

⁴⁶ HARRIS, J.W., «Freedom and the enforcement of morals», in *Legal philosophies*, Londen, 1980, 115-127.

⁴⁷ Zie in dit verband art. 23 G.W. dat het recht op een menswaardig leven bevat, dat inhoudt dat de maatschappij zodanig moet zijn ingericht dat eenieder die zich op het grondgebied bevindt, zich maximaal moet kunnen ontplooiën (zie hierover uitgebreid PAS, W. en VAN NIEUWENHOVE, J., «Het recht een menswaardig leven te leiden: een vergelijking van de grondwetsbepalingen in België en Duitsland» in *Jaarboek 1994 van het interuniversitair Centrum mensenrechten*, Antwerpen, Maklu 1995, 113-138).

slacht die een duurzame affectieve of seksuele relatie hebben. Welke regeling dit moet zijn is een beleidskwestie, maar zij moet wel gelijkwaardig zijn aan het huwelijk. ⁴⁸

Indien men kijkt naar de reeds bestaande buitenlandse voorbeelden en de in België hangende wetsvoorstellen, kan men vaststellen dat de juridische techniek om een statuut voor partners van hetzelfde geslacht uit te werken erin bestaat dat er een recht wordt voorzien om zich als samenwonende te laten registreren bij de burgerlijke stand. Daarbij wordt dan ofwel verwezen naar de rechtsgevolgen van het huwelijk, met een aantal uitzonderingen ⁴⁹, ofwel worden slechts een aantal welbepaalde rechtsgevolgen van het huwelijk van toepassing verklaard op de geregistreerden en moeten voor eventuele andere rechtsgevolgen van het geregistreerd partnerschap afzonderlijke wetswijzigingen worden doorgevoerd. ⁵⁰ Een andere mogelijkheid is het volledig uitwerken van een afzonderlijk statuut ⁵¹, wat m.i. een minder gelukkige, want onnodig ingewikkelde wetgevings-techniek is.

Bij dergelijke systemen rijzen, naast de vragen over de specifieke modaliteiten, bovendien twee fundamentele vragen die door de wetgever moeten opgelost worden:

- In welke mate worden de rechtsgevolgen (rechten en plichten) van het huwelijk van toepassing verklaard op de geregistreerde partners? Het delicateste vraagstuk hierbij heeft ongetwijfeld betrekking op het afstammings- en adoptierecht. ⁵² Hierbij mag enkel de bescherming van het belang van het kind doorslaggevend zijn. ⁵³

⁴⁸ MULDER, L., *l.c.*, 310-311.

⁴⁹ Zie bijvoorbeeld de Deense wet, «Lov om registreret partnerskab», 7 juni 1989, nr. 372; Noorse wet, «Lov om registrert partnerskap», 30 april 1993, nr. 40; Zweedse wet, «Lag om registrerat partnerskap», 23 juni 1994, SFS 1194:1117; IJslands partnerschapsregistratiewet van 4 juni 1996; zie hierover SCHUTTE, L. en JORGENSEN, H., *l.c.*, 187..

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld het Nederlandse wetsvoorstel registratie van een samenleving, goedgekeurd door de Tweede Kamer, *Kamerstuk*, 23761 (zie hierover SCHUTTE, L. en JORGENSEN, H., *ibid.*); zie ook het reeds aangehaalde wetsvoorstel van R. Landuyt tot instelling van een instapregeling voor samenwonenden, *Gedr.St., Kamer*, 1995-96, nr. 372/1, besproken door SNOECK, J., *l.c.*

⁵¹ Zie het reeds aangehaalde wetsvoorstel van S. Moureaux, c.s. betreffende het samenlevingscontract, *Gedr.St., Kamer*, 1995-96, nr. 170/1.

⁵² Zie hierover een aantal nadere beschouwingen door LOENEN, T., *l.c.*, 221-226 MULDER, L., *l.c.*, 308-309. PRESSERS, D., «Homoseksueel ouderschap», *N.J.B.*, 1995, 1291-1297. SENAËVE pleit uitdrukkelijk voor het uitsluiten van afstammings- en adoptierecht voor homoseksuele partners (*l.c.*, 13). In het hierboven aangehaalde Nederlandse wetsvoorstel worden de rechtsgevolgen m.b.t. de kinderen uitgesloten voor geregistreerde partners (SCHUTTE, L. en JORGENSEN, H., *l.c.*, 187). In de aangehaalde Scandinavische wetten bestaat wel aanverwantschap tussen een partner en de familie van de andere partner (*ibid.*, 87).

⁵³ LOENEN, T., *l.c.*, 221; Verdrag inzake de rechten van het kind van 20 november 1989, goedgekeurd door de wet van 25 november 1991, *B.S.*, 17 januari 1992.

- Wordt het recht zich te laten registreren voorbehouden aan partners van hetzelfde geslacht⁵⁴, of komen ook partners van verschillend geslacht hiervoor in aanmerking.⁵⁵

II. FEITELIJKE ONGELIJKHEDEN

13. Eerst worden het begrip 'feitelijke ongelijkheid' en de mogelijke oplossingen besproken, en daarna worden de vier vormen van feitelijke ongelijkheid, zoals opgesomd in de randnummers 4 en 5, besproken.

A. Probleemstelling - mogelijkheden van de wetgever

14. Feitelijke ongelijkheden en/of discriminaties manifesteren zich op de meest diverse manieren en op de meest diverse terreinen. Onder invloed van de maatschappelijke evolutie en in het bijzonder de ontwikkeling van de sociale rechtstaat is het gelijkheidsbeginsel geëvolueerd van een formeel naar een meer materieel begrip. Vanuit de vaststelling van feitelijke ongelijkheden wordt hoe langer hoe meer de ongelijke behandeling in rechte aangewend om de gelijkheid in feite te bereiken.⁵⁶ Het komt de wetgever toe, binnen de door de Grondwet bepaalde perken, de inhoud van het gelijkheidsbeginsel, bijvoorbeeld op sociaal en economisch gebied, nader uit te werken.⁵⁷

De vragen die hierbij kunnen gesteld worden, zijn tweevoudig:

1°) welke discriminaties wenst de wetgever te proberen weg te werken, en

2°) op welke wijze wenst de wetgever dit te proberen.

1°) De eerste vraag is een pure beleidsvraag, die dus bepaald wordt door een politieke meerderheid. Er zal discussie blijven bestaan over de vraag welke groepen van een gedifferentieerd beleid moeten kunnen profiteren, aangezien deze vraag op veel verschillende manieren kan beantwoord worden. De uitkomst van die discussie zal voor een groot deel bepaald worden door de aard en de overtuigingskracht van de gehanteerde argumenten m.b.t. de vraag in welke omstandigheden vastgestelde discriminaties aanleiding kunnen geven tot effectieve maatregelen.⁵⁸

2°) De tweede vraag luidt: welke maatregelen moeten genomen worden om te proberen de discriminaties te beëindigen. Dit is vooral een politieke, maar eveneens een technische vraag.

Er kan geopteerd worden voor, hetzij een 'positieve discriminatie', hetzij voor verbodsbepalingen voor discrimine-

rende handelingen, die al dan niet strafrechtelijk kunnen bezeugd worden.

- De *positieve discriminatie* is eigenlijk niets anders dan het invoeren van een juridische ongelijkheid ten voordele van een bepaalde categorie personen.⁵⁹ Hierbij dient men zich bewust te zijn van de nadelen die aan beleidsafwijkingen van de juridische gelijkheid verbonden zijn. Het grote nadeel van maatregelen voor voorkeursbehandeling is dat daardoor categorisering van bepaalde maatschappelijke groepen voor langere tijd in stand wordt gehouden en zo, door maatschappelijke tweedeling, integratie wordt bemoeilijkt.⁶⁰ De wetgever moet bij juridische ongelijkheid rekening houden met de grenzen die het Arbitragehof heeft gesteld m.b.t. het gelijkheidsbeginsel.⁶¹

- Een andere mogelijkheid is het *wettelijk verbieden* van welbepaalde discriminaties, *al dan niet strafrechtelijk betoegd*. Hiermee geeft de wetgever een zeer duidelijk signaal dat bepaalde discriminaties in onze samenleving volkomen uit den boze zijn en eventueel zelfs aanleiding kunnen geven tot strafvervolgning. Bij dit soort wetgeving blijft de juridische gelijkheid bestaan, aangezien niets veranderd wordt aan het materiële recht.

Bij het invoeren van verbodsbepalingen is het echter noodzakelijk te beseffen dat de wetgever zeer moeilijk de motieven van bepaalde ongelijkheden kan vatten. De wet moet daarom soepel genoeg zijn opdat de rechters die erover moeten oordelen, een onderscheid zouden kunnen maken tussen discriminaties die uitsluitend worden ingegeven door onverdraagzaamheid, en differentiaties waarbij ook andere, eventueel geoorloofde motieven meespelen. Ter verduidelijking geef ik een voorbeeld uit de rechtspraak: een aanhang van de Baghwan-beweging werd door de werkgever ontslagen omdat hij plots opvallende oranje kledij, karakteristiek voor de Baghwan-beweging, begon te dragen in de boekhandel waar hij tewerkgesteld was. De rechtbank oordeelde dat «binnen een arbeidsverhouding als die van gedaagde bij de K. Boekhandel door de werkgever van de in de winkel werkzame personeelsleden in redelijkheid mag worden verlangd, dat zij zich bij het verrichten van hun ar-

⁵⁴ Dit is het geval in de Scandinavische regelingen. Zie in die zin SENAËVE, P., *l.c.*, 12; SNOECK, J., *l.c.*, 93.

⁵⁵ Dit is het geval in het aangehaalde Nederlandse wetsvoorstel en in de aangehaalde Belgische wetsvoorstellen. Zie in die zin DECHAMPS, I., «Pour ou contre le contrat de vie commune?», *Socialisme - Revue de l'Institut Emile Vandervelde*, 1996, 36-38; MEWISSEN, E., *o.c.*, nr. 2.

⁵⁶ «Rechtsverfijning mondt doorgaans uit in meer ongelijkheid in de regel en in de toepassing ervan» (RIMANQUE, K., «Het gelijkheidsbeginsel: gelijkheidsteken tussen Belgen en vreemdelingen?», in *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen*, Brugge, Die Keure, 1995, 269).

⁵⁷ THEUNIS, J., *l.c.*, nr. 153 en nr. 172.

⁵⁸ Vgl. FOBLETS, M.C., *l.c.*, 522.

⁵⁹ THEUNIS, J., *l.c.*, 133 en 154. Zie bijvoorbeeld de wet van 24 mei 1994 ter bevordering van een evenwichtige verdeling van mannen en vrouwen op de kandidatenlijsten voor de verkiezingen, *B.S.*, 1 juli 1994, met commentaar van UYTENDAELE, M.; en SOHIER, J., «Les quotas féminins en droit électoral ou les paradoxes de l'égalité», *J.T.*, 1995, 249-256; art. 119 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, *B.S.*, 17 augustus 1978, uitgevoerd bij de K.B.'s van 14 juli 1987, *B.S.*, 26 augustus 1987 en 27 februari 1990, *B.S.*, 8 maart 1990, houdende maatregelen ter bevordering van gelijke kansen voor mannen en vrouwen in de privé-sector respectievelijk in de overheidsdiensten; HUMBLET, P., «Positieve actie voor vrouwen. Het juridische kader naar Belgisch recht», in *Positieve actie, positieve discriminatie, voorrangbehandeling voor vrouwen*, Tegenpraak Cahier, nr. 8, Antwerpen, Kluwer, 1990, 46-51.

⁶⁰ FOBLETS, M.-C., *l.c.*, 522, voetnoot 20. Voor verdergaande kritiek op positieve discriminatie, zie THEUNIS, J., *l.c.*, 172-188 en de verwijzingen aldaar.

⁶¹ Zie een specifieke uitspraak over positieve discriminatie: Arbitragehof, nr. 9/94, 27 januari 1994, *B.S.*, 23 maart 1994; *J.L.M.B.*, 1994, 1382, noot RENAULD, B., *Soc. Kron.*, 1994, 85, noot JACQUMAIN, J.; THEUNIS, J., *l.c.*, 171-172, nr. 186; VANDE LANOTTE, J., m.m.v. GODERTIER, G., *o.c.*, nr. 518.

heid kleden op een wijze die bij hun functie past (...)»⁶² Deze redenering kan *mutatis mutandis* toegepast worden op een werknemer die orthodox-joodse kledij zou beginnen dragen, of orthodox-islamitische kledij (bijv. een hoofddoek), maar evenzeer op een persoon die bijvoorbeeld excentriek gekleed en met lange haren op het werk zou verschijnen⁶³, dus los van elke godsdienstige overtuiging. M.a.w., dergelijk ontslag is niet per definitie ingegeven uit onverdraagzaamheid, maar veeleer uit economische overwegingen.⁶⁴

B. Discriminatie die voortvloeit uit een ongelijke toepassing van de wetten door een overheid of overheidsdienst

15. Bij deze vorm van achterstelling wordt de toekenning van een bepaald recht geweigerd of worden bepaalde rechten geschonden bij de toepassing van de wettelijke bepaling. Het gaat dus niet om een vorm van achterstelling die zijn oorsprong vindt in de wetten zelf, maar enkel in hun individuele toepassing door een overheid. Indien bij deze toepassing discriminaties worden vastgesteld, kan daartegen steeds met succes worden opgekomen bij de bevoegde rechtbank, aangezien de diverse overheden zowel bij het uitvoeren van hun verordenende macht als in hun individuele beschikkingspraktijk steeds de wet moeten respecteren, inclusief het gelijkheidsbeginsel.⁶⁵ Een tussenkomst van de wetgever lijkt dus in beginsel niet noodzakelijk om discriminaties door de diverse overheden te bestrijden.⁶⁶

De wetgever heeft desondanks rassendiscriminatie door ambtenaren of gezagsdragers of het willekeurig en om racistische motieven ontzeggen van rechten en vrijheden ex-

plicitet strafbaar gesteld.⁶⁷ Deze strafbaarstelling was juridisch-technisch strikt genomen niet noodzakelijk, omdat vreemdelingen in beginsel dezelfde rechten genieten als Belgen, behoudens andersluidende wettelijke bepaling.⁶⁸ Een vreemdeling kan dus bij ongelijke behandeling zijn rechten afdwingen bij de bevoegde rechtbank. Het uitdrukkelijk strafbaar stellen van rassendiscriminatie door ambtenaren is echter een zeer uitdrukkelijk signaal⁶⁹ van de wetgever dat ongelijke behandelingen door de overheid op raciale gronden in onze samenleving absoluut niet geduld worden. De bepaling m.b.t. het strafbaar stellen van een discriminerende ambtenaar werd destijds zonder veel problemen aangenomen.⁷⁰

C. Discriminatie die in de hand wordt gewerkt door het misbruik van contractvrijheid tussen private personen

16. Bij deze problematiek rijst de vraag naar een conflict tussen twee grondrechten⁷¹: de wilsautonomie en de contractvrijheid, die de openbare orde raken⁷², enerzijds, en het gelijkheidsbeginsel anderzijds.⁷³

De wilsautonomie en de contractvrijheid zijn niet onbeperkt. Het Burgerlijk Wetboek (samenlezing van art. 6, 1131 en 1133 B.W.) geeft de grenzen van de contractvrijheid aan door de begrippen «openbare orde» en «goede zeden». Het staat de wetgever vrij deze begrippen verder in te vullen en zonodig bepaalde materies aan de contractvrijheid te ont-

⁶² Centrale Raad van Beroep (Ndl.), 23 april 1985, *Administratiefrechtelijke Beslissingen N.J.*, 1986, 107, nr. 37, besproken door VAN OEVELEN, A., «Enkele aspecten van het recht op erkenning en beleving van een eigen culturele identiteit in (prae)contractuele rechtsverhoudingen», in *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Antwerpen, Maklu, 1993, 231, nr. 18 en VAN OEVELEN, A., «De totstandkoming, de uitvoering, de sancties bij niet-uitvoering en de beëindiging van overeenkomsten waarin een migrant partij is», in *Migratie en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen*, Brugge, Die Keure, 1995, 391.

⁶³ Bijv. Arbh. Brussel, 10 juli 1992, *Soc.Kron.*, 1993, 89.

⁶⁴ Daarentegen is ontslag ingegeven door de louter subjectieve vrees voor toekomstige schade, zonder dat objectief beschouwd aan de betrokken werknemer een fout kan worden verweten, een vorm van rechtsmisbruik. In casu het ontslag van een verkoopster die zich tot de Islam had bekeerd en om die reden in de zaak lange en wijde kleren droeg (Arbh. Charleroi, 26 oktober 1992, *Soc.Kron.*, 1993, 84, aangehaald door VAN OEVELEN, «De totstandkoming, de uitvoering, de sancties...», *l.c.*, 391).

⁶⁵ ALEN, A., *o.c.*, nr. 240-242; MAST, A. en DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, nr. 17-21; VAN GERFEN, W., COUSY, H. en STUYCK, J., *Handels- en economisch recht. Deel I, Ondernemingsrecht*, Volume A, Brussel, Story-Scientia, 1989, 23, nr. 21.

⁶⁶ Er wordt nochtans melding gemaakt van het feit dat politievallen veel frequenter voorkomen in vars, disco's en sauna's voor een specifiek homopubliek, wat toch zou kunnen wijzen op mogelijke discriminatie bij de politiediensten (zie WAALDIJK, K., *l.c.*, 117-118).

⁶⁷ Zie art. 4 van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *B.S.*, 8 augustus 1981 (gewijzigd bij wet van 15 februari 1993, *B.S.*, 19 februari 1993 en bij wet van 12 april 1994, *B.S.*, 14 mei 1994).

⁶⁸ Zie hierover uitgebreid: RIMANQUE, K., «Het gelijkheidsbeginsel: gelijkheidsteken tussen Belgen en vreemdelingen?», *l.c.*, 267-285; VANDE LANOTTE, J., m.m.v. GOEDERTIER, G., *o.c.*, nr. 453-473.

⁶⁹ HUBEAU spreekt over «het opvoedend karakter van de wet» (HUBEAU, B., *Rechtshandelingen van vreemdelingen in verband met hun woonsituatie*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1985, 91).

⁷⁰ DUPONT, L., «Rubriek Vreemdelingen», *Panopticon*, 1981, 505.

⁷¹ K. RIMANQUE meent echter dat men ervan moet uitgaan dat conflicten tussen fundamentele rechten en vrijheden niet echt bestaan, maar dat men eerder moet zoeken naar de binnengrenzen van een fundamenteel geachte vrijheid (RIMANQUE, K., «Het wankel evenwichtspunt waar de vrijheid van expressie en andere grondrechten elkaar raken», *Jaarboek van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, 1995-96, Antwerpen, Maklu uitgevers, 145-147).

⁷² DIRIX, E., «Grondrechten en overeenkomsten», in RIMANQUE, K., *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1982, 52; DE LY, F., «Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht», *R.W.*, 1991-92, 1148; VAN OEVELEN, A., «Algemene rechtsbeginselen in verbintenissen- en contractenrecht», in VAN HOECKE, M., (red.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1989, 98-112; VAN OEVELEN, «De totstandkoming, de uitvoering, de sancties...», *l.c.*, 370-371.

⁷³ Er bestaat onduidelijkheid of het gelijkheidsbeginsel al dan niet van openbare orde is (zie hierover: PAS, W., «Het gelijkheidsbeginsel: op te dienen als een hapklaar meeneemmiddel?», noot onder R.v.St., TELMOUDI, nr. 52.227, 15 maart 1995, in *Jaarboek van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, *o.c.*, 1995-96, 447-461; VAN HEUVEN, D., «Is het gelijkheidsbeginsel van openbare orde?», *TRD&I*, 1996-03, 1; VELARS, J., *o.c.*, nr. 246-247.

trekken.⁷⁴ De uitoefening van de contractvrijheid wordt eveneens beperkt door de theorie van de precontractuele aansprakelijkheid, die gebaseerd is op de art. 1382-1383 B.W. en op de vertrouwensleer, die inhoudt dat wie door zijn houding en zijn gedragingen bij de wederpartij het gewettigde vertrouwen heeft gewekt dat een contract zal worden gesloten, juridisch verbonden kan zijn en zich niet langer op contractweigeren kan beroepen.⁷⁵

A. Van Oevelen heeft uitvoerig onderzocht in welke mate morele motieven of een bepaalde levensovertuiging deel uitmaken van de contractvrijheid bij de totstandkoming, de uitvoering of de beëindiging van een overeenkomst met vreemdelingen.⁷⁶

Van Oevelen kwam tot het besluit dat discriminatie bij de totstandkoming van overeenkomsten afdoende kan beteugeld worden door de rechtspraak: een contractweigeren of een gedifferentieerde behandeling t.a.v. migranten zijn ongeoorloofd indien, gelet op het doel en de gevolgen van de te sluiten overeenkomst, hiervoor geen objectieve en redelijke verantwoording kan worden gegeven (pertinentie- of relevantiecriteria) en indien de aangewende middelen niet in evenredige verhouding staan tot het beoogde doel (proportionaliteitscriterium). Bovendien kan ook strafrechtelijk worden opgetreden tegen een door rassendiscriminatie ingegeven contractweigeren of tegen het om dezelfde reden hanteren van geïdifferentieerde contractvoorwaarden bij koop-, aannemings-, dienstverlenings- en huurcontracten.⁷⁷ Het bewijs voor een ongeoorloofde discriminatie stuit echter op moeilijk oplosbare problemen.⁷⁸ M.b.t. de problemen bij de uitvoering, de sancties wegens niet-uitvoering en de beëindiging van overeenkomsten waarin een migrant partij is, komt Van Oevelen tot het besluit dat de schaarse rechtspraak in dit domein niet alleen blijkt geeft van veel gezond

verstand, maar ook dat de aanwending van privaatrechtelijke technieken, zoals de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten en het verbod van rechtsmisbruik, tot vrij behoorlijke resultaten leidt bij de afweging van de belangen bij conflicten van grondrechten.⁷⁹

Uit een vergelijking van de bijdrage van Van Oevelen uit 1993 (dus van vóór de wetwijziging van de antiracismewet van 12 april 1994 die een specifieke strafbaarstelling invoerde voor discriminatie bij bepaalde contractuele verhoudingen) en de bijdrage uit 1995 (van na deze wetwijziging), kan worden afgeleid dat een specifiek discriminatieverbod bij het contracteren strikt genomen niet noodzakelijk was op privaatrechtelijk vlak, aangezien de privaatrechtelijke technieken eigenlijk voldoende zijn om discriminaties van deze aard te beteugelen.

17. Indien men dit besluit toepast op de problematiek van de discriminatie van homoseksuelen in het contractenrecht, zou men op het eerste gezicht tot het besluit kunnen komen dat een wettelijke bescherming voor homoseksuelen eigenlijk niet noodzakelijk is, aangezien de toepassing van het contractenrecht, op de bewijsproblemen na, voldoende garanties biedt. Daarenboven zou een wetwijziging de bewijsproblemen niet kunnen oplossen.

De realiteit is echter helaas niet zo eenvoudig. Er is namelijk een groot juridisch verschil tussen de situatie van vreemdelingen en de situatie van homoseksuelen.

- Recht op gelijke behandeling en verbod van rassendiscriminatie zijn een juridisch erkend principe, dat vastgelegd werd in het UNO-Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie van 21 december 1965, goedgekeurd bij de wet van 9 juli 1975⁸⁰, waardoor België de verplichting op zich heeft genomen om alle vormen van rassendiscriminatie op zijn grondgebied te bestrijden. Dit verdrag werd gedeeltelijk geïmplementeerd door de reeds aangehaalde wet van 30 juli 1980 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden.

- Het principe van de gelijke behandeling en van het verbod van discriminatie op grond van seksuele geaardheid wordt daarentegen door geen enkele juridisch bindende tekst uitdrukkelijk erkend⁸¹, en evenmin wordt homoseksualiteit maatschappelijk algemeen aanvaard.⁸²

⁷⁹ VAN OEVELEN, A., «De totstandkoming, de uitvoering, de sancties...», *l.c.*, 395-396; vgl. THEUNIS, J., *l.c.*, 175-180 over de doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in private rechtsverhoudingen.

⁸⁰ B.S., 11 december 1975; zie hierover GROENDIJK, «Betekenis en gebruik van internationale normen inzake rassendiscriminatie», *T.V.R.*, 1986, nr. 40, 3.

⁸¹ Reeds hierboven werd aangetoond dat de bescherming van homoseksuelen door het E.V.R.M. slecht minimaal is (enkel bescherming van het privé-leven).

⁸² MILLENS, S., *l.c.*, 225. Zie ter illustratie deze passage uit een tekst van de Congregatie voor de Geloofsleer uit 1992, met als titel «Enkele overwegingen omtrent het antwoord op wetsvoorstellen inzake het niet-discrimineren van homoseksuelen», waarin uitdrukkelijk gesteld wordt dat het ongelijk behandelen van homoseksuelen in een aantal gevallen wel degelijk geoorloofd is: «Er zijn terreinen waarbij het geen onrechtmatige discriminatie is om rekening te houden met de seksuele geaardheid, bijvoorbeeld bij het toewijzen van kinderen voor adoptie of voor pleegouderschap, bij het aanstellen van leraren of sporttrainers en bij het recruterende van soldaten. (...) Naast andere rechten, heeft elk mens recht op werk, woonruimte enz. maar deze rechten zijn niet absoluut. Ze kunnen

⁷⁴ Voor voorbeelden, zie THEUNIS, J., *l.c.*, 176 en VAN OEVELEN, A., «Algemene rechtsbeginselen...», *l.c.*, 108, nr. 12.

⁷⁵ DE LY, F., *l.c.*, 1145-1147; VAN OEVELEN, «De totstandkoming, de uitvoering, de sancties...», *l.c.*, 372-374; VAN OEVELEN, «Algemene rechtsbeginselen...», *l.c.*, 106-112.

⁷⁶ VAN OEVELEN, A., «Enkele aspecten van het recht op erkenning...», *l.c.*, 213-236; VAN OEVELEN, «De totstandkoming, de sluiting, de sancties...», *l.c.*, 374-381. Opgemerkt wordt dat deze eerste studie dateert van vóór de wijziging van 12 april 1994 van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, die rassendiscriminatie in het arbeidsrecht of in het huurrecht strafbaar heeft gesteld en die deze rechtstakken dus uitdrukkelijk aan de absolute contractvrijheid heeft onttrokken.

⁷⁷ Art. 2 van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en exonofobie ingegeven daden, zoals gewijzigd door art. 2 van de wet van 12 april 1994 (hierna antiracismewet). Ook discriminatie inzake arbeidsbemiddeling, beroepsopleiding en arbeids-overeenkomsten is strafbaar gesteld (art. 2bis antiracismewet). Voor een toepassing van dit art. 2, zie Luik, 11 maart 1988, *T.V.R.*, 1988, 38 en *R.R.D.*, 1988, 303; Corr. Hasselt, 27 maart 1995, *T.V.R.*, 1995, nr. 4, 398, met noot (bevestigd in beroep met strafverzwaring); Corr. Dendermonde, 21 oktober 1986, *T.V.R.*, 1986, nr. 40, 16, bevestigd door Gent, 10^e Kamer, 3 november 1988 (niet gepubliceerd, cfr. referentie BOUTMANS, E., «De toepassingsmogelijkheden van de Racisme-wet», *Panopticon*, 1989, voetnoot 25).

⁷⁸ Zie uitgebreid over de bewijsproblematiek bij discriminatie: BURKENS, M.C. en KUMMELING, H.R.M.B., «Het bewijs van discriminatie», *N.J.C.M. Bulletin*, 1991, nr. 16-1, 3-27.

Homoseksualiteit is in bepaalde landen nog strafbaar⁸³ en in een aantal lidstaten van de Europese Unie bestaan nog steeds verschillende leeftijdsgrenzen voor de toelaatbaarheid van homoseksuele dan wel heteroseksuele handelingen.⁸⁴

Dat homoseksualiteit ook in de rechtspraak geen algemeen aanvaard gegeven is blijkt ten overvloede uit een arrest van het Hof van Beroep van Antwerpen⁸⁵, waarin het hoederecht over de kinderen aan de moeder, die na 13 jaar huwelijk ging samenwonen met een andere vrouw, geweigerd werd omdat «haar geschiktheid voor de opvoeding en begeleiding van opgroeiende kinderen in een samenleving met onbetwistbaar andere normen betreffende het gezin» volgens het Hof vragen doet rijzen. Het Hof van Beroep van Antwerpen stelt zich bovendien de vraag of «de (vermeende) huidige geaardheid van de vrouw in kwestie ook haar authenticiteit en originele geaardheid was»...

Algemeen kan dus gesteld worden dat – in tegenstelling tot rassendiscriminatie – ongelijke behandeling van homoseksuelen wegens hun seksuele geaardheid niet door iedereen wordt erkend⁸⁶, en dat de conclusie die Van Oevelen formuleerde voor de bestrijding van rassendiscriminatie in het contractenrecht, niet als dusdanig geldt voor de situatie van homoseksuelen.

19. Indien de wetgever van oordeel is dat in onze samenleving het ongelijk behandelen van personen louter wegens hun seksuele geaardheid niet aanvaardbaar is, lijkt een wettelijk initiatief aangewezen. Er kan worden gedacht aan volgende technieken⁸⁷:

- De wetgever zou een verbod op discriminaties op grond van seksuele geaardheid kunnen opnemen in het contrac-

tenrecht. Dit zou kunnen gaan om een algemeen verbod⁸⁸ of om een aantal geselecteerde verbodsbepalingen, bijvoorbeeld in het arbeids- en het huurrecht. Deze verbodsbepalingen zouden kunnen geformuleerd worden zonder dat de techniek van het strafrecht wordt aangewend.⁸⁹ Het gevolg van een niet strafrechtelijk betugelde verbodsbepaling is dat een inbreuk hierop burgerrechtelijk kan betugeld worden, zonder dat de vraag zou moeten gesteld worden of de aangeklaagde discriminatie al dan niet een fout uitmaakt. Dergelijke bepaling lost uiteraard de bewijsproblemen niet op.

- De wetgever zou het hierboven genoemde discriminatieverbod bovendien strafbaar kunnen stellen.⁹⁰ Dergelijke strafbaarstelling heeft een aantal gevolgen, bijvoorbeeld dat het strafrecht van openbare orde is en dat de instemming van het slachtoffer geen afbreuk doet aan de toepassing van de strafwet⁹¹ en een aantal procedurele gevolgen (bijvoorbeeld het verzamelen van de bewijzen kan aan het Openbaar Ministerie overgelaten worden, het slachtoffer moet geen kosten maken om een procedure te beginnen, tenzij hij rechtstreeks dagvaardt of zich burgerlijke partij stelt voor de onderzoeksrechter). Het grootste gevolg is echter het morele gezag of de signaalfunctie die uitgaat van dergelijke strafbe-

⁸⁸ Zie bijvoorbeeld de Nederlandse wet van 2 maart 1994 houdende algemene regels ter bescherming tegen discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, *hetero- of homoseksuele gerichtheid* of burgerlijke staat (Algemene wet gelijke behandeling), *Staatsblad*, 1994, 230. Zie ook de zeer verregerende Zuid-Afrikaanse Bill of Rights van 1996, Section 9 - «Equality», besproken door De Vos, P., «Appendix I: Introduction to South Africa's 1996 Bill of Rights», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1997, 225 e.v.

⁸⁹ Vgl. RIMANQUE, K. en PEETERS, P., «De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen. Algemeen probleemstelling», in RIMANQUE, K., *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, o.c., 27. Een voorbeeld kan worden gevonden in artikel 10 van de wet op het consumentenkrediet dat bepaalt dat de consument die een kredietovereenkomst aanvraagt juiste en volledige informatie moet verstrekken aan de kredietgever om de financiële toestand en de terugbetalingsmogelijkheden van de consument te beoordelen. Het tweede lid van dit artikel stelt uitdrukkelijk dat in geen geval de gevraagde informatie betrekking mag hebben op het ras, de etnische afstamming, *het seksueel gedrag*, de gezondheid, de overtuiging of activiteiten op politiek, levensbeschouwelijk of godsdienstig gebied of het lidmaatschap van een vakbond of van een ziekenfonds. Inbreuk op deze bepaling is niet strafbaar gesteld.

⁹⁰ Zie bijvoorbeeld het wetsvoorstel LANDUYT-WILLEMS ter bescherming tegen discriminatie op grond van geslacht en seksuele voorkeur, *Gedr. St., Kamer*, 1995-96, nr. 500/1, dat een kopie is van de wet van 30 juli 1980 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden. Zie over deze wet: BOUTMANS, E., «De toepassingsmogelijkheden van de Racisme-wet», *Panopticon*, 1989, 27-51; STOCX, R., «De vernieuwingen aan de Racismewet: meer dan een laagje vernis?», *Panopticon*, 1994, 503-512; VOORHOF, D., «Racismebestrijding en vrijheid van meningsuiting in België: wetgeving en jurisprudentie» in SCHUUT, G.A.I. en VOORHOF, D. (red.), *Vrijheid van meningsuiting. Racisme en revisionisme*, Gent, Academia Press, 1995, 155-192. Zie in Nederland: de wet van 14 november 1991 houdende aanvulling van het Wetboek van Strafrecht met enkele bepalingen tot het tegengaan van discriminatie op grond van ras, godsdienst, levensovertuiging, geslacht of *hetero- of homoseksuele gerichtheid*, *Staatsblad*, 1991, 623.

⁹¹ RIMANQUE, K. en PEETERS, P., *l.c.*, 26.

beperkt worden op grond van objectief ongeordend uiterlijk gedrag» (citaat overgenomen uit een opiniebijdrage door DE TEMMERMAN, W., «Vier verbazingen en geen einde», *De Morgen*, 17 juli 1996, 2). Zie ook het editoriaal van VAN DE VOORDE, M., *Kerk en Leven*, nr. 24, 12 juni 1996.

⁸³ Zie bijvoorbeeld een Roemeense wet uit 1996 houdende een strafverzwaring bij het absolute verbod op homoseksualiteit, veroordeeld door een resolutie van het Europese Parlement op 19 september 1996, gepubliceerd in *Revue Universelle des Droit de l'homme*, 1996, 257.

⁸⁴ Voor een overzicht, zie WAALDIJK, K., *l.c.*, 86.

⁸⁵ Antwerpen, derde Kamer, 23 april 1996, niet gepubliceerd, Rep. 1996/2342.. Zie in dezelfde zin: Voorz. Rb. Brugge, 15 april 1981, *J.T.*, 1982, 364, becommentarieerd door PAUWELS, J.M. in een noot onder Gent, 10 december 1982, *R.W.*, 1984-85, 2134-2137. Dit laatste arrest hervormde de beschikking van de voorzitter in kort geding en stelde uitdrukkelijk dat de homofiele ingesteldheid van de vader op zichzelf geen reden kon zijn om hem een bezoekerrecht te weigeren.

⁸⁶ Zie voor een overzicht van rechtspraak over discriminatie o.a. bij tewerkstelling en bij de aanbidding van goederen en diensten in de diverse lidstaten van de Europese Unie: WAALDIJK, K., *l.c.*, 102-129, en over de sociale situatie van homoseksuelen in Europa zie DERCKSEN, A., «The Social Situation in the Member States», in *Homosexuality: A European Community Issue*, o.c., 131-162. Zie ook het «Overzicht discriminatiemeldingen FWH 1997» van de Federatie Werkgroepen Homoseksualiteit, Vlaanderenstraat, 22, 9000 Gent.

⁸⁷ Voor een overzicht van anti-discriminatiewetten op grond van seksuele geaardheid in Europa, zie WAALDIJK, K., *l.c.*, 79-81.

paling ⁹², nl. dat dergelijke discriminaties absoluut uit den boze zijn.

D. De discriminatie die voortvloeit uit louter feitelijke gedragingen t.a.v. een bepaalde groep

9. Hierbij gaat het om situaties buiten de contractuele verhouding van de betrokkenen, namelijk om louter feitelijke gedragingen, bijvoorbeeld het uitschelden van iemand op straat of niet-hoffelijk gedrag, het publiceren van geschriften gericht tegen een bepaalde groep, enz. ⁹³ Deze vorm van discriminatie zal meestal uitsluitend geïnspireerd zijn vanuit een gevoel van onverdraagzaamheid jegens een bepaalde bevolkingsgroep.

Deze vorm van discriminatie is door de wetgever het moeilijkst te betrijden, omdat de wetgever uiteraard zeer moeilijk het gedrag van de mensen kan voorschrijven. De enig mogelijke tussenkomst van de wetgever is het strafbaar stellen van bepaalde gedragingen in de hoop dat deze strafbaarstelling corrigerend werkt. ⁹⁴ Deze doelstelling kan echter niet bereikt worden met strafwetgeving alleen, maar zal gepaard moeten gaan met uitgebreide en volgehouden informatieverstrekking en onderwijs.

E. Discriminatie die verband houdt met de afwijkende sociaal-culturele leefomstandigheden van achtergestelde groepen in de samenleving

20. Deze categorie van discriminatie werd overgenomen uit de indeling van M.-C. Foblets, die inzake vreemdelingen vastgesteld heeft dat bepaalde oorzaken van het minder goed presteren in de maatschappij (op school, op het werk, in het verenigingsleven, enz.), liggen in de sociaal-culturele gedragspatronen van een bepaalde groep (opvoedingswaarden, verwantschapsstructuren en preferentiële huwelijksgedragingen, opvattingen over de positie van de vrouw, van kinderen, enz.). Deze oorzaak van achterstelling ligt dus in het gedragspatroon van de achtergestelde groep zelf.

Dit geldt uiteraard veel minder uitgesproken voor homoseksuelen dan voor vreemdelingen, maar er kan in beperkte mate toch gesproken worden van een specifiek gedragspatroon bij bepaalde homoseksuelen in bepaalde omstandigheden ⁹⁵, dat aanleiding geeft tot een ongelijke behandeling jegens deze personen bijvoorbeeld geweigerd worden in een café of bij een werkgever wegens het uitdrukkelijk etaleren van de seksuele geaardheid.

De ongelijke behandelingen die het gevolg zijn van het gedragspatroon van de achtergestelde groep zullen zich voordoen in de vorm die besproken werd in de punten B t.e.m. D ⁹⁶, zodat een specifiek optreden van de wetgever in deze

aangelegenheid niet vereist lijkt. Het gedrag van het slachtoffer zal in dergelijke gevallen in rekening kunnen genomen worden bij de beoordeling van de vermeende discriminatie.

BESLUIT

21. De vraag naar de taak van de wetgever bij het wegwerken van discriminaties is in de eerste plaats een politieke kwestie, waarbij duidelijke keuzes moeten gemaakt worden over de vraag welke discriminaties de wetgever wenst weg te werken, en daarna op welke manier de wetgever de wetgever dit wenst te doen.

Daarbij zijn er aan de ene kant juridische ongelijkheden, die dus door de wetgever zelf zijn ingevoerd, en te allen tijde – binnen de grenzen van het gelijkheidsbeginsel – kunnen gewijzigd worden indien daarvoor een politieke meerderheid bestaat. Inzake homoseksuelen gaat het vooral om het ontbreken van enig samenlevingsmodel voor partners van hetzelfde geslacht.

Daarnaast bestaan er een aantal vormen van feitelijke discriminaties. In vergelijking met rassendiscriminatie lijken de bestaande juridische middelen ontoereikend om discriminatie op grond van seksuele geaardheid te bestrijden, zodat een optreden van de wetgever noodzakelijk lijkt. De tussenkomst van de wetgever kan bestaan in het instellen van een verbod te discrimineren op grond van seksuele geaardheid. Het kan hierbij gaan om een algemeen verbod of om selectief gekozen verbodsbepalingen. Deze verbodsbepalingen kunnen al dan niet strafrechtelijk beteugeld worden.

Het is waarschijnlijk dat deze laatste maatregelen minder noodzakelijk worden indien het samenleven van homoseksuelen juridisch geregeld zou worden en indien er voldoende informatieverstrekking (o.m. in het onderwijs) zou bestaan m.b.t. (homo)seksualiteit. Deze maatregelen zouden immers onvermijdelijk bij de bevolking en bij de homoseksuelen zelf een ernstige mentaliteitswijziging t.a.v. homo-seksualiteit tot gevolg hebben. ⁹⁷

Pieter-Jan DEFOORT

⁹² Hubeau noemt dit «het opvoedend karakter van de wet» (HUBEAU, B., o.c., 91).

⁹³ Voor voorbeelden, zie WAALDIJK, K., l.c., 102-129 en DERCKSEN, A., «The Social Situation in the Member States», in *Homosexuality: A European Community Issue*, o.c., 131-162.

⁹⁴ Zie hierboven, randnr. 7, tweede streepje.

⁹⁵ Bijvoorbeeld het etaleren van de homo-seksualiteit door het dragen van bepaalde kledij; het frequenteren van specifieke homobars, e.d.m.

⁹⁶ Randnrs. 15-19.

⁹⁷ De redactie van deze tekst werd afgesloten op 16 juli 1997. Bijgevolg kon geen rekening gehouden worden met de volgende referaten, voorzien voor het colloquium «Naar de invoering van het homohuwelijk?», georganiseerd door de K.U.L. op 26 september 1997 en te verschijnen in het verslagboek *Institutionalisering van twee relaties tussen personen van hetzelfde geslacht*: SENAËVE, E., «Een pleidooi voor de invoering van het 'partnerschap' voor personen van hetzelfde geslacht»; COENE, E., «De instelling van het geregistreerde partnerschap in de Scandinavische landen»; KORTMANN, S.C.J.J., «De ontwikkelingen in Nederland aangaande de rechtspositie van koppels van hetzelfde geslacht»; BURGGRAVE, R., «De bevestiging van levensverbintenissen tussen personen van hetzelfde geslacht» en een debat o.l.v. Prof. Senaëve met vertegenwoordigers van de homobeweging en van de politieke partijen.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

30 APRIL 1997

Voorzitter: de h. Melchior

Rapporteurs: de hh. Henneuse en De Baets

Advocaten: mrs. Misson, Bredael, Braun, Lambert, Hannequart en Witmeur

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Mededingingsrecht – Raad voor de Mededinging – Bevoegdheid – Vrije beroepen – Advocatuur

Art. 10 Gw. is niet geschonden door de bepalingen van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging betreffende het adriëren van de Raad voor de Mededinging en de bevoegdheden van de Raad voor de Mededinging ten aanzien van de ondernemingen en ondernemingsverenigingen, en inzonderheid niet door de art. 6, § 1, 10, § 1, 12, § 5, 16, 23, § 1, 27 tot 33, 35, 36 tot 41, in zoverre die bepalingen geïnterpreteerd in het licht van de artt. 468, 469bis, 477, 502, 610, 611 en 1088 Ger.W. de regels en de gebruiken van het beroep van advocaat, vastgesteld door reglementen van de algemene raad van de Nationale Orde van Advocaten of voortvloeiend uit de handelingen van de overheden van de balie, met inbegrip van de reglementaire resoluties die door de raden van de Orde worden aangenomen – gesteld dat zij restrictieve mededingingspraktijken vormen in de zin van de wet van 5 augustus 1991 of van de artt. 85 en 86 van het Verdrag van Rome – doen ontsnappen aan de bevoegdheid van de Raad voor de Mededinging.

Arrest nr. 23/97

Onderwerp van de prejudiciële vraag

Bij beslissing van 19 maart 1996 heeft de Raad voor de Mededinging de volgende prejudiciële vraag gesteld:

«Schenden de bepalingen van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging betreffende het adriëren van de Raad voor de Mededinging en de bevoegdheden van de Raad voor de Mededinging ten aanzien van de ondernemingen en ondernemingsverenigingen, en met name de artikelen 6, § 1, 10, § 1, 12, § 5, 16, 23, § 1, 27 tot 33, 35 en 36 tot 41, artikel 10 van de Grondwet, in zoverre uit die bepalingen, geïnterpreteerd in het licht van de artikelen 468, 469bis, 477, 502, 610, 611 en 1088 van het Gerechtelijk Wetboek, afgeleid zou moeten worden dat aan de bevoegdheid van de Raad voor de Mededinging ontsnappen – gesteld dat zij restrictieve mededingingspraktijken vormen in de zin van de wet van 5 augustus 1991 of van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag van Rome –, de regels en de gebruiken van het beroep van advocaat, vastgesteld door reglementen van de algemene raad van de Nationale Orde van Advocaten of voortvloeiend uit de handelingen van de overheden van de balie, met inbegrip van de reglementaire resoluties die door de Raden van de Orden worden aangenomen, en in zoverre bijgevolg zou moeten worden vastge-

steld dat de wet van 5 augustus 1991, op het vlak van de toepassing van het mededingingsrecht, tussen de beoefenaars van het beroep van advocaat en de beoefenaars van andere vrije beroepen een onderscheiden behandeling in het leven roept op grond van een criterium van aanknoping van hun respectieve Orden aan de administratieve of de rechterlijke orde?»

...

B.1. De in de prejudiciële vraag vermelde bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek zijn opgenomen in het tweede deel van dat wetboek, dat handelt over de rechterlijke organisatie. Zij organiseren de beroepen die gericht zijn tegen de beslissingen en reglementen van de overheden van de balie. Een reeks bepalingen maakt de tuchtraden van beroep bevoegd om kennis te nemen van de beroepen tegen de beslissingen die de raden van de Orde hebben aangenomen in tuchtzaken of met betrekking tot de inschrijving op het tableau en de toelating tot de stage. Een andere reeks bepalingen handelt over de beroepen tot vernietiging die kunnen worden ingesteld wegens machtsoverschrijding, met name tegen de handelingen van de raden van de Orde en tegen de reglementen van de algemene raad van de Nationale Orde van Advocaten. Zij vertrouwen de bevoegdheid om er kennis van te nemen toe aan het Hof van Cassatie.

B.2. De in de prejudiciële vraag vermelde bepalingen van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging handelen over de bevoegdheden van de Raad en van de Dienst voor de Mededinging en over de werkingsregels die zij moeten volgen. Zij verlenen de Raad voor de Mededinging de hoedanigheid van een administratief rechtscollege en kennen er een bevoegdheid van beslissing, van voorstel en van advies aan toe. Zij bepalen de bevoegdheid ervan met betrekking tot restrictieve mededingingspraktijken en praktijken van concentratie tussen twee of meer ondernemingen.

B.3. De betwistingen waartoe de door de Orde van Advocaten vastgestelde verordenende bepalingen aanleiding geven, worden door het Gerechtelijk Wetboek toevertrouwd, deels aan de tuchtoverheden van de balie, deels aan het Hof van Cassatie.

In de veronderstelling dat het Gerechtelijk Wetboek die betwistingen aldus aan de bevoegdheid van de Raad voor de Mededinging zou doen ontsnappen en dergelijke betwistingen, wanneer zij betrekking hebben op beoefenaars van andere vrije beroepen, er integendeel aan zou onderwerpen, dan zou de wetgever een verschil in behandeling invoeren waarvan het eventuele discriminerende karakter ter beoordeling aan het Hof kan worden voorgelegd.

Het Hof beperkt zijn onderzoek tot het enkele verschil in behandeling dat in de prejudiciële vraag is vermeld. Het zal niet onderzoeken of, in het algemeen, overeenkomsten, ondernemingsverenigingen, onderling afgestemde feitelijke gedragingen of concentraties tussen advocatenkantoren onderworpen zijn aan de bepalingen van de wet tot bescherming van de economische mededinging. Het zal evenmin onderzoeken of sommige van de handelingen van de overheden van de balies restrictieve mededingingspraktijken kun-

nen vormen. Het Hof dient evenmin te onderzoeken of, zoals de verwijzende rechter veronderstelt, de door de overheden van andere vrije beroepen vastgestelde verordeningen onderworpen zijn aan de bepalingen van de wet van 5 augustus 1991.

B.4. In zoverre de overheden van de balie reglementen vaststellen die met name tot doel hebben de voorwaarden te bepalen waaraan de inschrijving op het tableau of de toelating tot de stage is onderworpen, zijn zij vergelijkbaar met de overheden van andere vrije beroepen.

B.5. De verschillende behandeling die is voorbehouden aan de raden van de Orde van Advocaten steunt evenwel op verscheidene elementen waarvan het geheel een objectief criterium vormt.

Krachtens artikel 444, eerste lid, Ger.W. moeten de advocaten vrij hun ambt uitoefenen ter verdediging van het recht en van de waarheid. Zij kunnen worden opgeroepen om rechters en ambtenaren van het openbaar ministerie te vervangen (artikel 442). Zij kunnen ambtshalve worden aangewezen (artikelen 446 en 455bis, § 1). Zij moeten voorzien in de bijstand aan minvermogenden (artikel 455, § 1).

Die regels en beginselen, die eigen zijn aan het beroep van advocaat, voeren een objectief verschil in ten opzichte van het geheel van de andere vrije beroepen.

B.6. De handelingen van de raden van de Orde hebben tot doel de kwaliteit van de dienstverlening van de advocaat te verzekeren en zijn onafhankelijkheid te waarborgen. De wetgever heeft het beroep van advocaat rechtstreeks betrokken bij de openbare dienst van de rechtsbedeling en het is in die hoedanigheid verbonden met de rechterlijke orde. Door de betwistingen betreffende de handelingen en reglementen van de balies toe te vertrouwen aan overheden en aan een rechtscollège die ook tot de rechterlijke orde behoren, heeft de wetgever een maatregel genomen die in verhouding staat tot de doelstelling die hij nastreeft.

B.7.1. Die bevoegdheidstoewijzingen zouden onevenredig zijn met het nagestreefde doel mochten zij ertoe leiden dat de beroepsactiviteiten van de advocaten zouden ontsnappen aan die concurrentieregels die verenigbaar zijn met de essentiële regels van de balie.

De in de prejudiciële vraag vermelde bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek impliceren geen dergelijke gevolgen.

B.7.2. De overheden van de balie zouden geen restrictieve mededingingspraktijken mogen organiseren of bevorderen zonder dat die beperkingen zouden worden verantwoord op grond van de noodzaak van de onafhankelijkheid van de advocaten te waarborgen, de kwaliteit van hun dienstverlening te verzekeren of hun deontologie in acht te doen nemen. Maar het staat aan de door de wet aangewezen rechtscollèges om de reglementen die een onverantwoorde inbreuk zouden maken op de mededingingsregels te vernietigen of te weigeren toe te passen.

B.8. Bovendien spreekt het vanzelf dat de advocaten, in de betwistingen betreffende de reglementen van de overheden van de balie, de jurisdictionele bescherming moeten genieten die aan niemand kan worden geweigerd.

B.9. De prejudiciële vraag dient ontkennend te worden beantwoord.

Om die redenen,
het Hof
zegt voor recht:

Artikel 10 G.W. is niet geschonden door de bepalingen van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging betreffende het adriëren van de Raad voor de Mededinging en de bevoegdheden van de Raad voor de Mededinging ten aanzien van de ondernemingen en ondernemingsverenigingen, en inzonderheid niet door de artikelen 6, § 1, 10, § 1, 12, § 5, 16, 23, § 1, 27 tot 33, 35, 36 tot 41, in zoverre die bepalingen, geïnterpreteerd in het licht van de artikelen 468, 469bis, 477, 502, 610, 611 en 1088 Ger.W., de regels en de gebruiken van het beroep van advocaat, vastgesteld door reglementen van de algemene raad van de Nationale Orde van Advocaten of voortvloeiend uit de handelingen van de overheden van de balie, met inbegrip van de reglementaire resoluties die door de raden van de Orde worden aangenomen, – gesteld dat zij restrictieve mededingingspraktijken vormen in de zin van de wet van 5 augustus 1991 of van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag van Rome – doen ontsnappen aan de bevoegdheid van de Raad voor de Mededinging.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 22 OKTOBER 1996

Voorzitter-rapporteur: de h. Holsters

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

Advocaten: mrs. Baert en Snick

Meineed – Boedelbeschrijving – Bewoner van de plaats

1. *De boedelbeschrijving heeft tot doel alle baten en lasten van een onverdeeld vermogen vast te stellen. Aldus horen bij de boedelbeschrijving aanwezig te zijn o.m. de personen die in de mogelijkheid waren tot de boedel behorende voorwerpen te onttrekken of te zien onttrekken.*

2. *Het bezit van de sleutel van het sterfhuis staat, gezien de hierdoor bestaande betredingsmogelijkheid van het huis, gelijk met het bewoond hebben van de plaats.*

S. en T.

Gelet op het bestreden arrest, op 26 mei 1994 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Overwegende dat de boedelbeschrijving tot doel heeft alle baten en lasten van een onverdeeld vermogen vast te stellen;

Dat aldus bij de boedelbeschrijving aanwezig horen te zijn onder meer de personen die in de mogelijkheid waren tot de boedel behorende voorwerpen te onttrekken of te zien onttrekken;

Overwegende dat de eisers bij de boedelbeschrijving verschenen zijn in hoedanigheid van personen die in bezit zijn van de sleutel van het sterfhuis;

Dat «het bezit van de sleutel van het sterfhuis», gezien de hierdoor bestaande betredingsmogelijkheid van het huis, gelijkstaat met het bewoond hebben van de plaats;

Dat de eisers door de notaris werden gewaarschuwd dat zij, als personen die de plaatsen bewoond hebben, bij het sluiten van de boedelbeschrijving de eed moeten afleggen;

Overwegende dat de appelrechters door hun motivering – waarin de «bovendien» aangewezen gegevens overtuigend zijn – het verweer van de eisers verwerpen, zodoende hun conclusie beantwoorden, en de beslissing regelmatig met redenen omkleeden en naar recht verantwoorden;

...

NOOT – *Het bezit van de sleutel van het sterfhuis en de strafbaarheid van meened bij een boedelbeschrijving*

1. Blijkens artikel 1183 *in fine* Ger.W. dienen bepaalde partijen bij de boedelbeschrijving de eed af te leggen «dat zij niets hebben verduisterd, en dat zij van zodanige verduistering geen kennis dragen». Wie bij een verzegeling of een boedelbeschrijving een valse eed aflegt, pleegt – aldus het tweede lid van artikel 226 Sw. – een misdrijf.

2. Eisers tot cassatie waren blijkbaar als bezitters van de sleutel van het sterfhuis door de notaris opgeroepen om aanwezig te zijn bij de boedelbeschrijving van een nalatenschap waaromtrent zij blijkbaar niet de hoedanigheid van erfgenaam hadden. Na afloop werden ze door de notaris tevens aangemaand om de eed af te leggen. De door hen afgelegde eed gaf aanleiding tot een correctionele veroordeling wegens meened, nu ze bij de eedaflegging blijkbaar niet hadden vermeld dat hen eertijds door de erflater bepaalde goederen waren geschonken.

3. Dat dit laatste een veroordeling wegens meened rechtvaardigt, kan thans niet ernstig meer worden betwist: daar een boedelbeschrijving in de zin van de artikelen 1175 e.v. Ger.W. de omvang van een nalatenschap, een gemeenschap of een onverdeeldheid beoogt vast te stellen, zijn de partijen bij een boedelbeschrijving niet alleen ertoe gehouden melding te maken van de goederen die tot het vermogen behoren, maar ook van de goederen die hen door de erflater werden geschonken (cf. o.m. Cass., 15 februari 1994, *R.W.*, 1994-95, 122, met noot; zie voorts ook de verwijzingen in randnummer 4 van de noot onder Antwerpen, 4 juni 1993, *R.W.*, 1994-95, 126; randnummer 3 van de noot onder Cass., 9 november 1993, *R.W.*, 1993-94, 882-883). Het *voorwerp* van de eed – nl. datgene waarvan de waarachtigheid onder eed moet worden bevestigd, m.a.w. de aangifteverplichting – wordt namelijk, evenals de enigszins ongelukkige term «verduistering», ruim geïnterpreteerd.

4. De beklaagden formuleerden echter eveneens een veel fundamenteeler bezwaar tegen hun veroordeling, meer in het bijzonder m.b.t. de wettelijke regels die bepalen wie het *onderwerp* van de eedverplichting kan uitmaken. Overeenkomstig punt 11° van artikel 1183 Ger.W. dient de boedelbeschrijving immers de eed te bevatten «van degenen die in het bezit geweest zijn van de voorwerpen of die de plaatsen bewoond hebben». De beklaagden voerden in dit verband aan dat ze onder geen van beide omschrijvingen konden worden gecatalogiseerd, zodat ze geenszins *verplicht* waren om de eed af te leggen en, derhalve evenmin op strafrechtelijk gebied konden worden veroordeeld wegens meened. De appelrechters hadden hier evenwel geen oren naar en beklemtoonden de omstandigheid dat de beklaagden in het bezit waren van de sleutel van het sterfhuis. Aldus waren zij, volgens het hof van beroep, als «belanghebbenden» er wel degelijk toe gehouden om op verzoek van de notaris de eed af te leggen.

5. Voor het Hof van Cassatie voerden de beklaagden dienaangaande niet alleen een schending aan van de artikelen 1175 e.v. Ger.W. (inzonderheid van art. 1183, 11°) en van art. 226 Gw., maar ook van art. 127 van de Grondwet (thans art. 192 van de gecoördineerde Grondwet). Volgens deze constitutionele bepaling kan geen eed worden opgelegd dan krachtens een wet, die tevens de formule ervan dient vast te stellen.

De redenering van de eisers tot cassatie lijkt logisch te zijn en op het eerste gezicht een loutere toepassing in te houden van de regel dat de strafwet niet extensief mag worden geïnterpreteerd: wanneer een eed krachtens de Grondwet slechts kan worden opgelegd door een wettelijke bepaling, is men gerechtigd het afleggen van de eed te weigeren wanneer de wet de eedaflegging niet gebiedt (cf. *Pand. B.*, v° «Serment (en général)», 667, nr. 132). Bijgevolg kan men zich – aldus de eisers tot cassatie – niet schuldig maken aan meened wanneer men in een dergelijk geval, d.w.z. zonder enige wettelijke *verplichting*, toch een (valse) eed aflegt (vgl. Casier, P., «Strafrechtelijke beteugeling van valsheden inzake boedelbeschrijving» (noot onder Corr. Kortrijk, 31 oktober 1994, *A.J.T.*, 1996-97, (112-115), 114, nr. 4 C; Van Sinay, T. en Verstappen, J., *Boedelbeschrijvingen inzake familiaal vermogensrecht en faillissement*, 1993, 12, nr. 24; vgl. Du Faux, H., «L'inventaire dans le code judiciaire», *Rev. Not. B.*, 1975 (6-10), 9).

6. Uit het geannoteerde arrest kan geenszins worden afgeleid dat het Hof van Cassatie deze redenering goed- of afkeurt: het Hof stelt slechts vast dat de appelrechters wettig hebben geoordeeld dat de beklaagden ertoe gehouden waren de eed af te leggen. De vraag naar de strafbaarheid van een valse eed, afgelegd door iemand die niet gehouden is de eed af te leggen, kwam dus niet ter sprake.

7. Allereerst zij opgemerkt dat het Hof van Cassatie bij de beoordeling van de vaststelling van de appelrechters dat de beklaagden ertoe gehouden waren de eed af te leggen, zich terecht niet vastklampen aan de omstandigheid dat de beklaagden uiteindelijk goederen bleken te hebben «verduisterd», nl. door de aan hen gedane schenkingen niet te vermelden: nu de notaris op het ogenblik van de eedaflegging per hypothese niet op de hoogte was van de schenkingen, zou het al te simplistisch zijn om *achteraf* te stellen dat de beklaagden dienen te worden aangemerkt als personen «die in het bezit geweest zijn van de voorwerpen» in de zin van artikel 1183, 11°, Ger.W., nl. van de niet-opgegeven schenkingen, die ze uiteraard «in hun bezit» hebben of hebben gehad. Een dergelijke *post-iudicatum*-redenering zou immers op een kringredenering berusten: het is precies de vraag of de notaris, die per hypothese niet op de hoogte is van de omstandigheid dat een bepaalde partij goederen «in zijn bezit» heeft, deze partij toch kan uitnodigen om de eed af te leggen.

8. Voorts heeft het Hof zich evenmin laten verleiden tot de stelling dat de omstandigheid dat de appelrechters vaststellen dat de beklaagden in het bezit waren van de sleutel van het sterfhuis, reeds zou impliceren dat zij dienen te worden beschouwd als personen «die in het bezit geweest zijn van de voorwerpen», nl. van de sleutel. Een sleutel is *op zich* weliswaar ook een «voorwerp» (*Pand. B.*, v° «Clef», 906, nr. 5), maar uit het arrest blijkt niet welke rechten de erflater op het sterfhuis (en derhalve op de sleutel) had. Het staat m.a.w. niet vast of de sleutel te dezen wel als een «voorwerp

van de nalatenschap» kan worden beschouwd.

9. De redenering van het Hof van Cassatie raakt duidelijk de essentie van de zaak: na te hebben herinnerd aan de fundamentele bedoeling van de boedelbeschrijving, nl. «alle baten en lasten van de massa vast te stellen» (art. 1175, eerste lid, Ger.W.), merkt het Hof op «dat aldus bij de boedelbeschrijving horen aanwezig te zijn onder meer de personen die in de mogelijkheid waren tot de boedel behorende voorwerpen te onttrekken of te zien onttrekken».

Het Gerechtelijk Wetboek geeft op het eerste gezicht duidelijke aanduidingen nopens wie bij de boedelbeschrijving aanwezig dient te zijn (artt. 1180-1181 Ger.W.; cf. hierover Baugniet, J., «L'inventaire», in *Rev. Prat. Not.*, 1968, (122), 128; Van Reepinghe, C., *Verslag over de Gerechtelijke Hervorming*, I, 1964, 451; Van Sinay, T. en Verstappen, J., o.c., pp. 75 e.v., nrs. 157 e.v., j° pp. 85-86, nrs. 183-184). Evenwel dienen bepaalde personen die in de wet niet expliciet als «op te roepen» personen worden vermeld, zonder twijfel eveneens te worden beschouwd als «belanghebbenden» (cf. het tweede lid van art. 1175 en art. 1179 Ger. W.), die best bij de inventaris worden betrokken. Zo bv. zullen de personen bij wie de erflater inwoonde – zelfs al hebben zij niet de minste familie- of juridische band met de erflater – aanwezig zijn bij de boedelbeschrijving en de eed dienen af te leggen (art. 1183, 11°, Ger.W.). Het Hof van Cassatie deinsde er zelfs niet voor terug om zonder meer te stellen dat (alle?) «personen die in de mogelijkheid waren om tot de boedel behorende voorwerpen te «zien onttrekken» aanwezig horen te zijn. Vooral de mogelijkheid om voorwerpen te «zien onttrekken» lijkt bijzonder ruim: dient ook de van achter haar gordijn glurende buurvrouw, die de erfgenen het sterfhuis zag betreden, bij de inventaris te worden opgeroepen?

10. Het is evenwel een andere vraag of diegenen die aanwezig «horen» te zijn ten gevolge van de omstandigheid dat zij goederen konden verduisteren of van deze verduistering kennis konden hebben, *per definitie* ook de eed dienen af te leggen. Wat de eedaflegging betreft, lijkt de wet bij een eerste lezing bijzonder formeel te zijn: slechts «diegenen die in het bezit geweest zijn van de voorwerpen of die de plaatsen bewoond hebben» mogen worden uitgenodigd om de eed af te leggen; de notaris mag m.a.w. de eed niet zomaar aan onverschillig wie opdragen (Sinay, T. en Verstappen, J., o.c., 111-112, nr. 248). dat «diegenen die in het bezit geweest zijn van voorwerpen of die plaatsen bewoond hebben» door de wetgever worden verplicht om de eed af te leggen, wordt verantwoord door de bekommernis dat iedereen die in de mogelijkheid geweest zou kunnen zijn om voorwerpen te verduisteren of daarvan enige kennis te dragen, de waarachtigheid van de inventaris formeel dient te bevestigen (vgl. Sinay, T. en Verstappen, J. o.c., 111, nr. 248). Het is evenwel de vraag of de personen die aan deze laatste omschrijving beantwoorden, steeds kunnen worden beschouwd als personen «die in het bezit geweest zijn van de voorwerpen of die de plaatsen bewoond hebben» (vgl. Vred. Fosses-la-Ville, *Rev. Not. B.*, 1996, 459, met noot J.-L. Ledoux; Van Sinay, T., «Ger.W. – Art. 1183», in *Comm. Ger.*, 12, nr. 20).

11. Te dezen oordeelde het Hof van Cassatie «dat het bezit van de sleutel van het sterfhuis, gezien de hierdoor bestaande betredingsmogelijkheid van het huis, gelijkstaat met het bewoond hebben van de plaats». Op het eerste gezicht wekt deze krasse uitspraak, gelet op het beginsel dat de strafwet strikt dient te worden uitgelegd, toch enige verwonde-

ring: kan de (loutere) betredingsmogelijkheid van het sterfhuis worden beschouwd als het «bewonen» ervan? Zou dan ook een poetsvrouw, aan wie de sleutel was toevertrouwd, een «bewoonster» zijn? Wordt aldus het begrip «bewonen» geen geweld aangedaan?

Bij nader toezien dient deze laatste vraag negatief te worden beantwoord. De strafrechter – evenals iedere andere rechter – mag de wet niet pietepeuterig interpreteren, ze op een absurd-exegetische manier van een zinvolle interpretatie ontdoen. Dit is nog iets anders dan de strafwet analogisch-extensief interpreteren (vgl. Dupont, L. en Verstraeten, R., *Handboek Belgisch strafrecht*, 1990, nr. 148). Bovendien is het strikt gezien niet de strafwet die bepaalt wanneer de eed moet worden afgelegd, maar wel het Gerechtelijk Wetboek, dat dienaangaande overigens slechts een onrechtstreeks voorschrift m.b.t. de eedaflegging inhoudt, nl. door de bepaling dat de inventaris de eed dient te «bevatten». Er kan dan ook worden betwijfeld of de strikte interpretatie van de strafwet hier veel mee te maken heeft.

12. Het Hof van Cassatie oordeelde o.i. dan ook terecht dat de mogelijkheid om het sterfhuis te betreden moet worden gelijkgesteld met het «bewoond hebben van de plaats» in de zin van artikel 1183, 11°, Ger.W. Hierbij mag men zich evenwel niet blindstaren op het bezit van de sleutel, want dit behelst slechts één van de vele mogelijkheden waardoor iemand zich de toegang tot het sterfhuis kan verschaffen.

De taak van de notaris in dit verband is ongetwijfeld bijzonder delicaat: wie zal hij aanwezig laten zijn bij de inventaris, wie zal hij de eed laten afleggen? De notaris zal niet alleen zijn gezond verstand, maar ook – en vooral – zijn zede-zintuig moeten laten werken.

Wanneer de notaris gegronde redenen heeft om aan te nemen dat iemand *op welke manier ook* de mogelijkheid had om zich de toegang te verschaffen tot de plaatsen waar de te inventariseren goederen zich bevinden, kan deze persoon door de notaris worden verplicht om de eed af te leggen. Wanneer de betrokkene te goeder trouw is, heeft hij hierbij overigens niets te vrezen.

Steven Van Overbeke

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 2 DECEMBER 1996

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Parmentier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. Bützler en De Bruyn

Ondernemingsraad en veiligheidscomité – Beschermde werknemer – Verkiezingen – Kandidaat – Ontslag – Herplaatsing – Aanvraag – Termijn – Aanvraag vóór voordracht van de kandidaturen

De aanvraag tot herplaatsing van een ontslagen kandidaat bij de verkiezing van de werknemersafgevaardigden in de ondernemingsraad of het veiligheidscomité moet worden ingediend binnen dertig dagen na de voordracht van de kandidaturen. Een aanvraag die werd ingediend vóór die voordracht,

is niet regelmatig (art. 14 Wet Bijzondere Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden).

Fédération Régionale des Syndicats Chrétiens de
Mons-La Louvière en Van A. t/ N.V. H.

Gelet op het bestreden vonnis, op 2 oktober 1995 door de Arbeidsrechtbank te Bergen in laatste aanleg gewezen;

...

Overwegende dat beide onderdelen (van het middel) steunen op de bewering dat eisers aanvraag tot herplaatsing in de onderneming regelmatig werd ingediend;

Overwegende dat, ingevolge artikel 14 van de wet van 19 maart 1991 houdende bijzondere ontslagregeling voor de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraden en in de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werplaatsen, alsmede voor de kandidaat-personeelsafgevaardigden, de werknemer of de organisatie die zijn kandidatuur heeft voorgedragen zijn reïntegratie in de onderneming kan aanvragen, op voorwaarde dat bij een ter post aangezekende brief hiertoe een aanvraag wordt ingediend binnen dertig dagen volgend op de dag van de voordracht van de kandidaturen zo deze na de datum van de betekening van de opzegging of de datum van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst zonder opzegging geschiedt;

Overwegende dat het bestreden vonnis vaststelt dat eiser op 16 mei 1995 zonder opzegging is ontslagen, dat het de datum vanaf welke de organisaties die de werknemers vertegenwoordigen de lijsten van kandidaten aan de werkgever mogen voordragen op 2 oktober 1995 vaststelt en dat het vaststelt dat eiseres op 16 mei 1995 de herplaatsing van eiser in de onderneming heeft aangevraagd;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

VAKANTIEKAMER – 15 JULI 1997

Voorzitter-rapporteur: de h. Holsters

Openbaar ministerie: de h. De Riemaeker

Advocaat: mr. De Groot

Recht van verdediging – Strafzaken – Anonieme getuigen

Als het hof van assisen uitvoerig de redenen uiteenzet, eensdeels, waarom de identiteit van de anonieme getuigen verborgen dient te blijven en, anderdeels, dat er geen reden is om de gewraakte processtukken uit het dossier te doen verwijderen, schendt het hierdoor niet het recht van de beschuldigde op een eerlijk proces.

C. t/ Y. e.a.

Conclusie van de advocaat-generaal De Riemaeker

In zijn eerste middel werpt eiser een schending op van artikel 149 van de Grondwet om reden dat zijn conclusie op de terechtzitting van 13 mei 1997 niet werd beantwoord bij het bestreden tussenarrest. Dat middel mist, m.i., feitelijke grondslag, aangezien de verzoeken van eiser in het arrest volledig werden uiteengezet en beantwoord.

Het hof van assisen heeft immers uitvoerig de reden vermeld waarom de anonieme getuigen verborgen dienen te blijven en waarom er geen redenen zijn om hun verklaringen uit het dossier te doen verwijderen, door onder meer vast te stellen dat er een vrees bestaat voor represailles, dat hun privé-leven beschermd dient te worden, en dat de beschuldigde tijdens het gerechtelijk onderzoek alle kansen heeft gekregen om, zonder *de visu* met deze getuigen geconfronteerd te worden, vragen te stellen en hun verklaringen te mogen tegenspreken.

In het tweede middel laat eiser gelden dat zijn recht op een eerlijk proces voortvloeiend uit artikel 6 E.V.R.M. en zijn recht van verdediging werden geschonden door de weigering van het hof van assisen om de identiteit van de twee anonieme ooggetuigen kenbaar te maken en hem zo de mogelijkheid te ontnemen om beide personen als getuige ter terechtzitting op te roepen.

Eiser laat gelden dat hij alleen de kans heeft gehad om de verklaringen van de getuigen tegen te spreken, maar niet in de mogelijkheid werd gesteld om die personen rechtstreeks te ondervragen en dat het verhoor via telefoon, waarbij zowel vragen werden gesteld als antwoorden gegeven door een adjunctpolitiecommissaris, niet gelijkgesteld kan worden met een rechtstreeks verhoor en niet toestaat de geloofwaardigheid van de getuigen te appreciëren.

Hij is van oordeel dat de aangevochten arresten in strijd zijn met de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de mens in Straatsburg, en verwijst tot dat verband naar drie belangrijke arresten: het arrest Zostovski tegen Nederland van 23.05.1989 (Series A nr. 166), het arrest Windisch tegen Oostenrijk van 27.09.1990 (Series A nr. 186) en het arrest Doorson tegen Nederland van 26.03.1996.

1. Indien Uw Hof zich reeds heeft uitgesproken over de toelaatbaarheid en de bewijswaarde van anonieme getuigen, in strafzaken, gebeurde zulks, bij mijn weten, enkel in het kader van de voorlopige hechtenis en van de strafvervolgving voor de feitenrechter, maar niet in het kader van de procedure voor het hof van assisen.¹

Bij het arrest van 2 mei 1990 heeft, overeenkomstig de gepubliceerde conclusie van advocaat-generaal Janssens de Bisthoven, Uw Hof geoordeeld dat «geen schending van het recht van verdediging kan worden afgeleid uit de enkele omstandigheid dat de appelrechters hun overtuiging niet alleen hebben gegrond op een algemene beoordeling van de bewijsgegevens, en met name op de verklaringen van een medebeklaagde, doch ook op bepaalde inlichtingen van anoniem gebleven getuigen, die bij het dossier zijn gevoegd, waarvan die beklaagde inzage heeft gekregen en die hij vrijelijk heeft kunnen weerspreken».

De rechtspraak van Uw Hof kan als volgt samengevat worden²: In strafzaken, wanneer de wet geen bijzonder bewijs-

¹ Zie Cass., 13 mei 1986, A.C., 1985-86, nr. 558, met conclusie van de eerste advocaat-generaal du Jardin, toenmalig advocaat-generaal; Cass., 27 mei 1987, A.C., 1986-87, nr. 585, Cass., 18 november 1987, A.C., 1987-88, nr. 166; Cass., 11 mei 1988, A.C., nr. 566, Cass., en 2 mei 1990, 1989-90, nr. 516, met conclusie van advocaat-generaal Janssens de Bisthoven (*Bull. en Pas.*, 1990, I, nr. 516).

² Zie Jean Sace, «L'audition contradictoire des témoins», noot onder E.H.R.M., 19 december 1990, zaak Delta t. Frankrijk, *Rev. Trim. Dr. H.*, 1992, 51.

middel voorschrijft, beoordeelt de rechter in feite de bewijswaarde van de gegevens van de zaak waarover de partijen tegenspraak hebben kunnen voeren en voor zover die gegevens niet verkregen werden door een daad die onverenigbaar is met de algemene rechtsbeginselen die de strafrechtpleging beheersen, zelfs indien die daad niet uitdrukkelijk door de wet is verboden.

Bovendien werd aangenomen dat de wet niet als dusdanig verbiedt dat gegevens verzameld bij personen die de wens hebben geuit anoniem te blijven als bewijs kunnen gelden.³ Ik verwijs eveneens naar de studie in verband met «de anonieme getuige» van prof. Alain De Nauw⁴ waarbij onder meer werd vastgesteld dat niets de onderzoeksrechter in de weg staat om de anonieme getuige zonder eedaflegging te verhoren.

2. Wat nu de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg betreft, dient aangegeven te worden dat in het arrest Doorson het Europees Hof zijn vorige rechtspraak heeft bevestigd door te stellen dat de hoofdregel is dat de bewijsvoering *in principe* moet gebeuren in het bijzijn van de beklaagde op een openbare zitting met het oog op een contradictoir debat en dat in eerste instantie de toelaatbaarheid van de bewijselementen onderworpen is aan de door de nationale wet opgelegde vereisten en dat in principe de beoordeling van de bewijswaarde van deze elementen toekomt aan de nationale rechters; dat de taak van het Europees Hof erin bestaat enkel na te gaan of de strafprocedure *in haar geheel genomen*, alsook de bewijsvoering, een eerlijk karakter vertoont.

Bovendien vloeit uit die rechtspraak voort dat het Europees Hof heeft aangenomen dat op die hoofdregel alleen een uitzondering kan worden gemaakt via een compenseerbare gerechtelijke procedure.⁵ Zoals von Brucken Fock het stelt in zijn artikel «anonieme getuigen exit?»: «Gebreken in het voorbereidend onderzoek kunnen door het onderzoek ter terechtzitting worden gecompenseerd en vice versa. Indien aan de verdediging geen gelegenheid is geboden om de getuigen rechtstreeks en onbeperkt te ondervragen, kan deze taak worden overgenomen door de onafhankelijke rechter.»⁶

In de zaak Doorson ging het eveneens om een onrechtstreekse ondervraging, door toedoen van een onderzoeksrechter, waarbij alle gestelde vragen door de anonieme getuigen werden beantwoord en het Europees Hof heeft herhaald dat, zelfs indien de gevolgdde procedure op voldoende wijze de door de verdediging geleden handicap compenseert, een veroordeling niet uitsluitend, noch op beslissende wijze gegrond mag zijn op anonieme verklaringen.

De rechtspraak van het Europees Hof kan bijgevolg als volgt samengevat worden: Een procedure die voldoende tegenwicht vormt voor de handicap van de verdediging, die de betrouwbaarheid van de getuige niet kon controleren omdat zij de identiteit van de getuige niet kende, brengt niet noodzakelijk een schending mee van de rechten gewaarborgd door artikel 6 van het E.V.R.M., voor zover de strafproce-

dure in haar geheel genomen alsmede de bewijsvoering, een eerlijk karakter vertoont en de veroordeling niet uitsluitend, noch op beslissende wijze gegrond is op anonieme verklaringen.

3. Eiser stelt dat, aangezien de rechtsprekende jury in casu bij het beantwoorden van de schuldvraag haar beslissing niet mag motiveren, niet kan worden uitgemaakt of de gezworenen hun verklaring, al dan niet, uitsluitend of in beslissende mate gegrond hebben op die anonieme verklaringen, onrechtstreeks weergegeven door de onderzoeksrechter en de verbalisanten, zodat het recht van eiser op een eerlijk proces geschonden zou zijn. Het middel gaat er derhalve van uit dat, als men niet kan uitmaken of de gezworenen hun beslissing op die anonieme verklaringen hebben gebaseerd, men moet aannemen dat de veroordeling «uitsluitend of in beslissende mate op de verklaringen van anonieme getuigen is gegrond», hetgeen een louter hypothese is, die niet aangenomen kan worden. Des te meer daar, *in casu*, bij het tussenarrest van 13 mei 1997 werd vastgesteld (pagina 16) dat – ik citeer – «belangrijke aanwijzingen van schuld lastens beschuldigde reeds werden vermeld in genoemd aanhoudingsmandaat en voorts blijken uit meerdere gegevens van het gerechtelijk onderzoek, zoals verklaringen van getuigen waarvan de identiteit door beschuldigde is gekend; Dat die derhalve niet uitsluitend of op doorslaggevend wijze zijn gesteund op de verklaringen van de anonieme getuigen».

Uw Hof heeft bovendien reeds beslist dat uit de enkele omstandigheid dat de gezworenen voor het hof van assisen niet verplicht zijn hun overtuiging te motiveren, niet kan worden afgeleid dat de beschuldigde bij de uitspraak over de gegrondheid van de tegen hem ingestelde strafvervolgging geen eerlijk proces gekregen heeft in de zin van artikel 6.1 E.V.R.M.⁷

4. De eerste vraag die rijst, in de lijn van de rechtspraak van uw Hof, is of de wet geen bijzonder bewijsmiddel voorschrijft in het kader van de voor het hof van assisen gevoerde procedure. Krachtens de artikelen 312 en 342 van het Wetboek van Strafvordering, kunnen de bewijzen door alle middelen rechtens worden geleverd en zijn ze onderworpen aan de beoordeling en de overtuiging van de gezworenen.⁸

Het Wetboek van Strafvordering bepaalt op welke wijze de getuigen in het kader van de procedure voor het hof van assisen zou moeten worden opgeroepen en rechtstreeks ondervraagd om als bewijs te kunnen gelden, maar *in casu* werd de door de voorzitter opgelegde procedure blijkbaar gevolgd op grond van zijn discretionaire macht als bepaald in artikel 269 van het Wetboek van Strafvordering, hetgeen, m.i., als dusdanig niet uitgesloten is.⁹ Voor het overige dient, luidens de rechtspraak van het Europees Hof, de hele procedure in acht genomen te worden en moeten bijgevolg de concrete gegevens van de zaak in beschouwing worden genomen.

³ Cass., 7 januari 1986, A.C., 1985-86, nr. 295.

⁴ R.W., 1985-86, 1885-86.

⁵ Zie §43, arrest Kostovski, «Examen de jurisprudence – la Cour européenne des droits de l'homme – 1996», J.T.E., 1997, 42.

⁶ E.P. von Brucken Fock, «Anonieme getuigen exit?», N.J.B., 1990, 305.

⁷ Cass., 1 februari 1995, A.C., 1995, nr. 62, en 31 mei 1995, A.C., nr. 268, zie Velu en Ergéc, R.P.D.B., V° Convention européenne des droits de l'homme, Compl., VII, nr. 478.

⁸ Franchimont - Jacobs – Masset, *Manuel de procédure pénale*, Luik, Jean Barreau, 1989, 637

⁹ Zie Cass., 17 april 1996, A.R. nr. P.96.22.F (A.C., 1996, nr. 116).

Een eerste element is dat de beweegredenen van de getuige om anoniem te blijven, door de onderzoeksrechter in het onderzoek duidelijk worden gemaakt, hetgeen, *in casu*, het geval is. Ook de mate waarin de verdediging ter terechtzitting de beslissing om een getuige anoniem te verhoren heeft kunnen aanvechten, is van belang om na te gaan of het recht van verdediging en het recht op een eerlijk proces zijn geëerbiedigd, hetgeen in het onderhavige geval precies het voorwerp uitmaakt van het bestreden tussenarrest van 13 mei 1997.

Ter terechtzitting kan de onderzoeksrechter als getuige worden gehoord. Hij kan nadere inlichtingen geven over de gang van zaken rond het vooronderzoek, hoe het gesteld is met de geestesgesteldheid van de getuige. Gaat het niet om een fantasee van een verslaafde? Heeft de getuige geen eigen belang erbij zijn verklaring te willen afleggen?¹⁰

Het staat derhalve de verdediging vrij vragen te stellen over de gang van zaken omtrent het vooronderzoek, over de hoedanigheid van de anonieme getuige of over de wijze waarop de getuige aan zijn wetenschap is gekomen. De juistheid, de betrouwbaarheid van de anonieme getuigenverklaring kunnen op die manier worden getoetst, bij tussenkomst van een onafhankelijke rechter. Zoals Nijboer en Van Hoorn het vaststellen in hun overzicht «om de persoon van de getuigen»: «Ten volle moet worden getracht profijt te trekken van de inzichten van andere disciplines en ook van de mogelijkheden die moderne technologie biedt. Het bevorderen van de directe ondervraging van getuigen ter zitting is niet deze enige optie voor een deugdelijke bewijsvoering, althans zeker niet in alle gevallen. Goede registratie met geluids- of videoband van de getuigenverhoren bij de rechter-commissaris en bij de politie is ook een belangrijke optie (...) Ook de getuige treedt als persoon met eigen belangen en rechten voor het voetlicht.»¹¹

In het onderhavige geval werd aan eiser, bijgestaan door zijn raadsman, de gelegenheid geboden om, tijdens het onderzoek, zijn verweermiddelen te laten gelden ten opzichte van de verklaringen van de anonieme getuigen, en tijdens de terechtzittingen van het hof van assisen alle pertinente vragen te stellen aan de onderzoeksrechter en aan de anonieme getuigen, via een versterkt telefoonapparaat, om onder meer de geloofwaardigheid van die getuigen te mogen toetsen, zodat, m.i., het recht op een eerlijk proces niet geschonken werd, gelet op de gevolgde uitzonderlijke procedure en er geen afbreuk werd gedaan aan het mondeling en contradictoir karakter van de procedure voor het hof van assisen;

Het tweede middel kan derhalve niet worden aangenomen.

5. Wat het cassatieberoep betreft dat werd gericht tegen het arrest nr. 14 van 16 mei 1997 dat betrekking heeft op de burgerlijke belangen, heeft eiser geen bijzondere middel aangevoerd.

Besluit: verwerping.

¹⁰ Alain De Nauw, o.c., *R.W.*, 1985-86, 1888.

¹¹ Nijboer en Van Hoorn, «Om de persoon van de getuigen», *Delikt en Delinkwent*, 1997, 576.

Arrest

Gelet op de bestreden arresten, op 13 en 16 (twee arresten) mei 1997 door het Hof van Assisen van de provincie Antwerpen gewezen;

A. In zoverre de voorziening gericht is tegen het arrest van 13 mei 1997:

Over het eerste middel: Overwegende dat het hof van assisen in het bestreden arrest van 13 mei 1997, na de verzoeken van eiser zoals deze in het middel zijn weergegeven te hebben vermeld, uitvoerig de redenen uiteengezet waarom naar het oordeel van het Hof, eensdeels, de identiteit van de anonieme getuigen A en B verborgen dient te blijven, anderdeels, er geen reden is om de gewraakte processtukken uit het dossier te doen verwijderen en hierdoor eisers recht op een eerlijk proces niet wordt geschonden;

Dat de rechters door hun motivering eisers verweer verwerpen en zijn conclusie beantwoorden;

Dat het middel feitelijke grondslag mist;

B. In zoverre de voorziening gericht is tegen het arrest nr. 13 van 16 mei 1997:

Over het tweede middel:

Overwegende dat niet blijkt dat eisers veroordeling «uitsluitend of in beslissende mate op verklaringen van anonieme getuigen is gesteund»;

Dat aldus het door het tweede onderdeel van het middel aangevoerde schending van eisers recht op een eerlijk proces op een hypothese berust, waardoor dit onderdeel niet ontvankelijk is;

Overwegende dat de rechters door de in het arrest van 13 mei 1997 vermelde redenen hun beslissing om de identiteit van de anonieme getuigen A en B verborgen te houden en de gewraakte stukken niet uit het dossier te verwijderen naar recht verantwoorden;

Overwegende dat door de in het arrest van 13 mei 1997 vermelde aan eiser tijdens het gerechtelijk onderzoek geboden verweermogelijkheden en door de hem tijdens de terechtzittingen van het hof van assisen geboden mogelijkheden tot ondervraging van de anonieme getuigen, het contradictoir karakter van het verhoor van de anonieme getuigen en van de rechtspleging voor het hof van assisen en eisers recht op een eerlijk proces en zijn recht van verdediging werden geëerbiedigd;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

RAAD VAN STATE

7e KAMER – 27 MEI 1997

Voorzitter: mevr. Bracke

Staatsraden: de h. Verbiest en Stevens (rapporteur)

Auditeur: de h. Lanckswaert

Advocaten: mrs. Vermeire, Van de Vyver en Swartenbroux

Raad van State – Administratief kort geding – Intrekking of wijziging van schorsingsarresten – Geen rechtsmiddel

Luidens art. 17, §2, derde lid, R.v.St.-Wet kunnen de arresten waarbij de schorsing is bevolen, ingetrokken of gewijzigd worden op verzoek van de partijen. Uit de parlementaire voorbereiding van de wet moet worden afgeleid dat de opheffing van

de schorsing alleen mogelijk is wanneer nieuwe feiten, hetzij in rechte, hetzij in feite, zich voordoen of, wanneer de omstandigheden zodanig veranderd zijn dat de schorsing of de andere voorlopige maatregelen die door de Raad bevolen zijn, niet meer adequaat zijn. De vordering tot opheffing van de schorsing uit voornoemde bepaling vormt geen rechtsmiddel waardoor een geschil waarover reeds een eerste uitspraak is gedaan, een tweede keer aan de rechter kan worden voorgelegd.

V.Z.W. Milieuvereniging H. en V.Z.W. De W. t/
Vlaams Gewest en N.V. O.

Arrest nr. 66.403

Gezien het verzoekschrift dat op 12 juni 1996 werd ingediend om de volgende voorlopige maatregelen te vragen: (...)

Overwegende dat het arrest waarvan de intrekking wordt gevorderd de schorsing heeft bevolen van de tenuitvoerlegging van het besluit van de minister vice-president van de Vlaamse regering en Vlaams minister van Leefmilieu en Huisvesting van 30 juni 1994 waarbij de beroepen van het Bestuur voor natuurbehoud en ontwikkeling van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap en van derden tegen de beslissing van 10 februari 1994 van de bestendige deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen houdende het verlenen aan de N.V. O. van de milieuvergunning tot uitbreiding van een inrichting gedeeltelijk gegrond worden verklaard en de beroepen beslissing in dier voege wordt gewijzigd dat het vergroten van de productiecapaciteit van het bedrijf wordt toegestaan, maar de toevoeging van een nieuwe opslagruimte met een oppervlakte van 15.000 m² wordt geweigerd;

Overwegende dat luidens artikel 17, §2, derde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, «de arresten waarbij de schorsing is bevolen (...) ingetrokken of gewijzigd (kunnen worden) op verzoek van de partijen»;

Overwegende dat in haar advies over het desbetreffende ontwerp van wet de afdeling wetgeving van de Raad van State met betrekking tot die tekst had opgemerkt dat «(...) de schorsing van de tenuitvoerlegging van de handeling en de andere voorlopige maatregelen vóór de beslissing ten principale (moeten) kunnen worden opgeheven of gewijzigd als ze niet meer gerechtvaardigd zijn» (*Gedr. St., Senaat*, 1990-1991, 1300-1, blz. 40); dat in de memorie van toelichting van het wetsontwerp wordt gezegd dat deze maatregelen «kunnen worden opgeheven of gewijzigd als ze niet meer gerechtvaardigd zijn» (*ibidem*, blz. 25); dat de Minister tijdens de bespreking in de Senaatscommissie verduidelijkt heeft dat «de schorsing moet kunnen worden opgeheven wanneer zij niet meer verantwoord is, bijvoorbeeld omdat de gegevens van de zaak veranderd zijn» en dat «de hypothese die hier geregeld wordt (...) dus niet die van de verbetering of rechtzetting van arresten (is)» (*Gedr. St., Senaat*, 1990-1991, 1300-2, blz. 10);

Overwegende dat uit de parlementaire voorbereiding van de wet moet worden afgeleid dat de opheffing van de schorsing alleen mogelijk is wanneer nieuwe feiten, hetzij in rechte, hetzij in feite zich voordoen, of, wanneer de omstandigheden zodanig veranderd zijn dat de schorsing of de andere voorlopige maatregelen die door de Raad van State bevolen zouden zijn, niet meer adequaat zijn; dat de arresten waarin uitspraak wordt gedaan over een vordering tot schor-

sing of tot het bevelen van voorlopige maatregelen gezag van gewijsde hebben, en niet buiten de omstandigheden die uitdrukkelijk door de wetgever geformuleerd zijn gewijzigd kunnen worden, welke omstandigheden in geval van twijfel in enge zin geïnterpreteerd dienen te worden; dat de vordering tot opheffing van de schorsing, die de niet erg geschikte benaming «intrekking» heeft gekregen in artikel 17 van de gecoördineerde wetten en in het koninklijk besluit van 5 december 1991 tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State, geen rechtsmiddel vormt waardoor, zoals bij verzet of hoger beroep, een geschil waarover reeds een eerste uitspraak is gedaan, een tweede keer aan de rechter kan worden voorgelegd;

(...)

Overwegende dat de door de verzoekende partijen ontwikkelde argumenten geenszins aantonen dat de schorsing waarvan de intrekking gevorderd wordt, niet meer adequaat is; dat die argumenten enkel beogen aan te tonen dat de Raad van State ten onrechte bedoelde schorsing bevolen heeft; dat zij aldus in wezen een rechtsmiddel tegen dit arrest inhouden; dat de vordering bijgevolg onontvankelijk is,

(...)

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

4e KAMER – 7 FEBRUARI 1995

Voorzitter: de h. Dirix

Raadsheren: de hh. Thys en Van Goethem

Advocaten: mrs. Spaas en Vergauwen loco Goossens

1. Bewijs – Burgerlijke zaken – a) Dading - b) Wederkerige overeenkomst – Nietigheid van het instrumentum – Dekking van de nietigheid door de uitvoering van de overeenkomst – 2. Dading – Dwaling – Bedrag van de schadevergoeding voor een ongeval

1. a) *Op het bewijs van de dading zijn de regels van het bewijs in burgerlijke zaken van toepassing.*

b) *De nietigheid van het instrumentum van een wederkerige overeenkomst wegens schending van art. 1325 B.W. wordt gedekt door het feit van de nakoming van die overeenkomst.*

2. *Een dwaling omtrent het bedrag van de schadevergoeding dat in een dading is vastgelegd, kan niet als een dwaling omtrent een substantieel element worden beschouwd.*

O.M.O.B. t/ F.

Overwegende dat de oorspronkelijke vordering uitging van geïntimeerde bij exploit van 3 januari 1990 en gericht was tot appellante strekkende tot «nietigverklaring van de dading tussen partijen gesloten op 7 mei 1987» en tot betaling van een schadevergoeding voor lichamelijke schade die niet is opgenomen in de naar aanleiding van die dading uitgekeerde vergoeding; dat deze vergoeding betrekking heeft op de lichamelijke schade die door haar werd opgelopen bij een verkeersongeval op 17 oktober 1986 en wordt gevorderd op grond van een verzekeringspolis «inzittenden»; dat door geïntimeerde wordt betoogd dat de toegekende blijvende invaliditeit van 4% niet toereikend is; dat hiertoe ge-

wezen wordt op diverse medische attesten waaruit moet blijken dat geïntimeerde nog steeds geplaagd wordt door hardnekkige pijnen, dat zij reeds vele onderzoeken en therapieën heeft ondergaan en er sprake is van een uitbreiding van de schade (o.m. attest dr. J. van 8 augustus 1990);

Overwegende dat in een tussenvonnis van 18 februari 1991 de eerste rechter de vraag stelt naar de totstandkoming van de dadingovereenkomst en dientengevolge de debatten heropent; dat in het eindvonnis van 16 september 1991 wordt beslist dat de overeenkomst van dading tussen partijen gesloten, als niet bestaande moet worden beschouwd; dat vervolgens, alvorens verder recht te doen, een deskundige werd aangesteld tot begroting van de lichamelijke schade van geïntimeerde;

...

Overwegende dat tussen partijen betwisting bestaat over de draagwijdte van het geschrift genoemd «dadingsovereenkomst» gevoegd bij de brief van 7 mei 1987 gericht aan appellante en over de vraag naar het bestaan en het bewijs van een dadingovereenkomst;

Overwegende dat de bepalingen van dit geschrift vermelden dat appellante aanvaardt dat de betaling van een bedrag van 181.500 fr. geldt als vergoeding en «definitieve dading zonder voorbehoud» voor de schadelijke gevolgen van het ongeval van 17 oktober 1986; dat verder wordt bepaald dat dit bedrag ook de toekomstige schade betreft ongeacht de aard van de verergeringen en dat zelfs wordt verwezen naar het begrip «kanscontract»; dat de inhoud van dit geschrift, mede geleet op de tussen partijen voorheen gevoerde discussie, erop gericht is om de tussen partijen bestaande geschil definitief te beëindigen en toekomstige discussie uit te sluiten door wederzijdse toegevingen, beantwoordt aan de kwalificatie van een dading;

Overwegende dat vervolgens de vraag rijst naar de totstandkoming en het bewijs van de dadingovereenkomst; dat artikel 2044 B.W. bepaalt dat de dading schriftelijk moet worden aangegaan; dat uit dit voorschrift niet kan worden afgeleid dat een dadingovereenkomst een vormelijke overeenkomst is; dat het geschrift enkel als voorwaarde *ad probationem* wordt opgelegd (*A.P.R., Dading*, nrs. 180-181); dat op het bewijs van de dading de regels van het bewijs in burgerlijke zaken van toepassing zijn; dat met name wordt getwist tussen partijen of dit geschrift wel beschouwd kan worden als een onderhandse akte en of die voldoet aan het voorschrift uit art. 1325 B.W.; dat een geschrift een onderhandse akte uitmaakt wanneer het de handtekening draagt van diegene die zich verbindt; dat bij wederkerige overeenkomsten het voldoende is dat elke partij een exemplaar bezit dat is ondertekend door de wederpartij (*Cass.*, 17 juni 1981, *R.W.*, 1982-83, 172); dat het voorschrift van artikel 1325 B.W. echter verder vereist dat de overeenkomst in zoveel exemplaren is opgemaakt als er partijen zijn en elk origineel vermeldt dat er zoveel exemplaren zijn opgemaakt; dat dit bij wederkerige overeenkomsten onderstelt dat iedere partij een exemplaar bezit dat kan gelden als volledig bewijs van de overeenkomst (*De Page, Traité*, III, p. 826, nr. 804), d.w.z. van een geschrift waarop de handtekening van de wederpartij voorkomt; dat het exemplaar van geïntimeerde weliswaar vermeldt dat het in tweevoud werd opgemaakt, maar niet de handtekening van appellante draagt; dat enkel het exemplaar in het bezit van appellante de handtekening van de wederpartij draagt; dat deze vaststelling echter in casu niet tot

gevolg heeft dat de dading niet is bewezen; dat in de eerste plaats de nietigheid van het instrumentum wegens schending van art. 1325 B.W. wordt gedekt door het feit van de nakoming van de overeenkomst die erin wordt vastgesteld (*De Page, Traité*, III, 833, nr. 805, E); dat te dezen de dadingsovereenkomst werd uitgevoerd door het ondertekend terugsturen door geïntimeerde van de vergoedingskwitantie en de aanvaarding van het vooropgestelde bedrag voor slot van alle rekeningen en uitsluiting van verdere betwistingen; dat geïntimeerde niet overtuigend maakt dat zij bij de ondertekening en de ontvangst van dit bedrag enkel verondersteld kon hebben dat het om een voorschot of een provisioneel bedrag ging; dat bovendien het instrumentum kan gelden als begin van schriftelijk bewijs dat kan worden aangevuld met andere bewijsmiddelen; dat de wilsovereenstemming van partijen aldus buiten iedere discussie blijkt uit de tussen partijen gevoerde briefwisseling (cf. brief van 7 mei 1987 uitgaande van appellante en het daarop door appellante ondertekend terugsturen van de «dadingsovereenkomst») en in het algemeen door de uitvoering van de overeenkomst;

...

Overwegende dat het bestaan van dwaling niet kan worden aangenomen; dat luidens artikel 2053 B.W. de dwaling betrekking moet hebben op de persoon of omtrent het voorwerp van het geschil; dat de dwaling omtrent het bedrag van de vergoeding niet als een dwaling omtrent substantiële elementen kan worden beschouwd; dat de bewoordingen van de overeenkomst uitdrukkelijk iedere aanspraak voor beweerde nieuwe of verergerde schade uitsluiten; dat aan geïntimeerde de strekking van deze overeenkomst niet kan zijn ontgaan; dat het doel van een dading precies erin gelegen is aan een betwisting een einde te maken en nieuwe discussies over de schadevergoeding uit te sluiten;

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

1e KAMER – 23 JANUARI 1997

Voorzitter: de h. Mertens

Raadsheren: mevr. De Cooman en de h. Van Goethem

Advocaten: mrs. Cleymen en Egger

Faillissement – Aangifte en verificatie van schuldvoorwaarden – Opname in bevoorrecht passief na sluiting proces-verbaal van verificatie – Betwisting door andere schuldeisers

Een opname in het bevoorrecht passief na de sluiting van het proces-verbaal van verificatie van schuldvoorwaarden kan worden aangevochten door de overige schuldeisers. Een overeenkomst die ter zake door de curator zou zijn gesloten, bindt die schuldeisers niet.

Faillissement B.V.B.A. S. t/ E. en G.

De appellant wil het vonnis *a quo* doen vernietigen in de mate dat de eerste rechter de opname van de schuldvoor-

ring van de geïntimeerden in het bevoorrecht passief heeft bevolen, ten belope van 222.105 frank.

De geïntimeerden daarentegen streven de bevestiging van het bestreden vonnis na, omdat volgens hen de opname van hun schuldvordering in het bevoorrecht passief bindend tussen de partijen is overeengekomen, minstens omdat deze opname volgens hen onherroepelijk is geworden ingevolge de beslissing van de curator.

Deze laatste stellingname van de geïntimeerden onderschrijft het Hof niet, daar de opname bij vonnis plaatsvond, na de sluiting van het proces-verbaal van nazicht der schuldvorderingen. Deze opname bij vonnis van de schuldvordering van de geïntimeerden, na de sluiting van het proces-verbaal van nazicht van de schuldvorderingen, kan wel worden bekritiseerd door het uitoefenen van de tegen deze vonnissen wettelijk toegelaten rechtsmiddelen. Het is enkel wanneer de aanneming van een schuldvordering in het passief – zonder beperking, noch voorbehoud, binnen de voorgeschreven termijn, na verificatie door de rechter-commissaris – zonder vonnis plaatsvindt, dat deze opname in beginsel onherroepelijk is, de curator, de aangever en andere schuldeisers bindt en belet dat de aangenomen schuldvordering nog kan worden betwist. Dergelijke tijdige aangifte door de geïntimeerden en opname zonder vonnis heeft *in casu* evenwel niet plaatsgehad, zodat de appellant hier de bij het vonnis *a quo* vastgestelde opname in het bevoorrecht passief met zijn hoger beroep wel mag aanvechten.

Anderzijds bewijst noch het proces-verbaal van vrijwillige verschijning, noch het daaropvolgend vonnis, dat tussen de partijen een overeenkomst is totstandgekomen met betrekking tot de opname in het bevoorrecht passief van de schuldvordering van de geïntimeerden. Meer nog, ter zake konden de curator en de geïntimeerden met elkaar desbetreffend geen rechtsgeldige overeenkomst sluiten, daar dit contract duidelijk een ongeoorloofde oorzaak zou hebben gehad. Immers een overeenkomst die wordt aangegaan met het oogmerk van wetsonthulling om een resultaat trachten te bereiken dat door een bepaling van openbare orde wordt verboden, is nietig wegens ongeoorloofde oorzaak, minstens – zo de partijen te goeder trouw deze overeenkomst zouden hebben aangegaan – zou haar uitvoering niet afdwingbaar zijn.

Tussen partijen is niet betwist dat, ingevolge toepassing van artikel 36, tweede lid, Hypotheekwet, het voorrecht van de geïntimeerden als verkopers van een onroerend goed verloren is, daar in artikel 5 van de verkoopakte de hypotheekbewaarder uitdrukkelijk werd ontslagen om, na de overschrijving, een ambtshalve inschrijving te nemen. Zo partijen niettegenstaande dit verlies van het voorrecht van de geïntimeerden toch een overeenkomst sluiten betreffende de opname van de schuldvordering van de geïntimeerden in het bevoorrecht passief, dan strekt deze overeenkomst tot omzeiling van het verlies van een voorrecht en is ze nietig; immers met dergelijke constructie zouden zij de regels van openbare orde nopen de gelijkheid van de schuldeisers, miskennen.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

1e KAMER – 9 JUNI 1997

Voorzitter: de h. Van Orshoven

Raadsheren: de hh. Van Herck en Vanderwegen

Advocaten: mrs. De Muylder en Theys loco Legrand en Portaels

Leasing – Schadebeding bij ontbinding wegens wanprestatie – Verrekening met netto-verkoopopbrengst van het geleasde goed – Meerwaarde

De door de leasinggever gevorderde contractueel bedongen schadevergoeding in geval van ontbinding van de overeenkomst dient te worden verrekend met de netto-verkoopopbrengst van het geleasde goed. Deze verrekening mag echter niet tot gevolg hebben dat de leasingnemer, door het batige saldo van die verkoop, ten gevolge van de ontbinding nog een schuldvordering verkrijgt op de leasinggever, die hij dan zou kunnen verrekenen met de huurprijzen of andere schulden die vervallen waren vóór de overeenkomst werd ontbonden.

N. t/ N.V. E., B.V.B.A. A. en N.V. B.T.B.

Appellanten sub 1, 2, 3, 5 en 6 hebben zich bij akte van borgtocht dd. 16 augustus 1989 hoofdelijk en ondeelbaar borg gesteld ten belope van een bedrag van 2.000.000 BEF voor de verplichtingen, aangegaan door de B.V.B.A. N., thans de N.V. N. in faillissement, met zetel gevestigd te Lubbeek, uit hoofde van een financieringscontract G 18134, die N.V. E. met de leasingnemer, op dezelfde dag heeft gesloten. Appellante sub 4 deed hetzelfde op 21 augustus 1989.

De gewaarborgde operatie had tot voorwerp de onroerende leasing van een perceel industriegrond van 1ha. 23a. 93ca, contract nr G/8143 gesloten op 31 juli 1990, voor een periode van 15 jaar, te beginnen op de datum van de voorlopige oplevering, enerzijds, en anderzijds een financieringscontract van een commercieel gebouw bestemd voor het exploiteren van een transportbedrijf, voorwerp van de overeenkomst nr G/8134 dd. 16 augustus 1989. De trimestriële huurprijs werd bepaald op 1.970.100 BEF.

De Rechtbank van Koophandel te Leuven sprak bij vonnis dd. 13 december 1990 het faillissement van de N.V. N. uit.

Op 19 december 1990 doet N.V. E. een aangifte van schuldvordering in het faillissement van de N.V. N. Deze aangifte van schuldvordering beperkt zich tot de niet vervallen huurprijs van 15 september 1990 verhoogd met de protestkosten van de wisselbrief en één frank provisioneel voor de nog te vervallen huurprijzen.

Artikel 12 van het financieringscontract bepaalt: «...Bij ontbinding ingevolge artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek is de cliënte als vergoeding van de door E. geleden schade, een bedrag verschuldigd dat definitief bepaald is op de herdiscontering van het aantal nog te vervallen huurprijzen op de datum van de ontbinding van het leasingcontract vermeerderd met alle taksen of lasten te wijten aan de vroegtijdige verbreking van het huurcontract, met name de B.T.W. terug te storten door onze Maatschappij aan de schatkist ter uitvoering van de tienjaarlijkse herzieningsclausule van de B.T.W. in geval van ontbinding, welke ook de oorzaak ervan zij, moet de cliënte binnen 30 dagen aan E. alle bedragen en

kosten, die E. betaald heeft of verschuldigd is voor de uitvoering van het onroerend leasingcontract of het stopzetten van de aan de gang zijnde werken, terugbetalen. Tevens zal de rekening-courant afgesloten worden en het saldo is onmiddellijk verschuldigd door de cliënte binnen 30 dagen. Alle huurprijzen en andere voor de ontbinding verschuldigde bedragen blijven verworven door E. of moeten aan deze laatste betaald worden».

N.V. E. heeft het onroerend goed, na de verbreking van de leasingovereenkomst, zoals zij het zelf stelt, verkocht tegen een prijs van 73.000.000 BEF, exclusief B.T.W. (factuur dd. 14 mei 1991) terwijl het openstaande kapitaalgedeelte van de leasingovereenkomst op het ogenblik van de verbreking, 15 december 1990, 68.051.873 BEF bedroeg. N.V. E. realiseerde een verschil van 4.948.127 BEF.

N.V. E. heeft nooit een afrekening gemaakt m.b.t. de vordering die zij tegen het faillissement van de N.V. N. kan laten gelden ingevolge de ontbinding.

Vóór het faillissement heeft de N.V. E. aan de N.V. een afbetalingsplan toegestaan voor de betaling van de vervallen huurprijzen. In dit raam heeft de N.V. E. op de N.V. N. drie wisselbrieven getrokken waarvan de laatste – de wisselbrief met vervaldag op 30 september 1990 voor 1.719.637 BEF – werd geprotesteerd op 3 oktober 1990.

Het is, in betaling van voormeld bedrag, dat N.V. E. op 18 juni 1991 appellanten, in hun hoedanigheid van hoofdelijke en ondeelbare borgen voor de N.V. N. heeft laten dagvaarden.

Op 12 september 1991 zijn appellanten overgegaan tot dagvaarding tot tussenkomst en vrijwaring van tweede geïntimeerden, zijnde de B.V.B.A. A. en de N.V. B.;

Geïntimeerde beperkt er zich toe betaling te vorderen van de achterstallige huurgelden vervallen vóór de ontbinding van de overeenkomst. De eerste rechter stelde vast dat dit bedrag op datum van de ingebrekestelling minder dan 2.000.000 BEF bedroeg en verklaarde de hoofdeis gegrond. De eerste rechter overwoog eveneens in zijn vonnis dat appellanten voor hem niet gevraagd hebben dat het conventioneel schadebeding zou worden toegepast en dat een eventuele meerwaarde verwezenlijkt op de verkoop van het onroerend goed enkel zou kunnen worden verrekend in het raam van de door de partijen geschapen contractuele verhouding. In hoger beroep stellen appellanten dat, wegens het faillissement, de uitvoering van de overeenkomst onmogelijk geworden is en de verplichtingen tussen de leasingnemer en de leasingmaatschappij noodzakelijk worden beheerst door art. 12 van de financieringsovereenkomst.

Op 16 en 21 augustus 1989 hebben appellanten zich persoonlijk en ondeelbaar borg gesteld voor de verplichtingen aangegaan door de thans gefailleerde vennootschap. De borgen mogen zich derhalve beroepen op de excepties die de hoofdschuldenaar tegen de schuldeiser kan laten gelden. Appellanten mogen zich dan ook, om aan te tonen dat zij niet gehouden zijn beroepen op de ontbinding van de overeenkomst en de rechten en plichten die de leasingmaatschappij en de leasingnemer uit deze ontbinding kunnen putten.

N.V. E. stel terecht bij conclusie dat ten gevolge van het faillissement de leasingovereenkomst verbroken is. N.V. E. situeert zelf de datum van de verbreking op 15 december 1990.

De borgen kunnen zich beroepen op de contractuele verplichtingen die voortspuiten uit de beëindiging van het con-

tract vooraleer de huurperiode verlopen is, en die integraal deel uitmaken van het financieringscontract. Deze verplichtingen zijn vastgelegd tussen de leasingmaatschappij en de leasingnemer in art. 12 van het financieringscontract. Dit artikel, daartoe hierboven in extenso opgenomen, bepaalt wat in geval van ontbinding van de overeenkomst door de leasingnemer verschuldigd is.

Samengevat blijft de leasingnemer verschuldigd:

- de geherdisconteerde nog te vervallen huurprijzen op datum van de ontbinding en aankleven;
- betaling binnen dertig dagen van het negatief saldo van de afgesloten rekening-courant;
- betaling van alle bedragen verschuldigd vóór de ontbinding.

De rechtspraak en de rechtsleer hebben gesteld dat de door de leasingmaatschappij gevorderde contractuele schadevergoeding in geval van ontbinding dient te worden verrekend met de netto-verkoopopbrengst van het geleaste goed.

De N.V. E. stelt terecht dat dit de leasingnemer en dus ook de borgen niet toestaat het eventueel batig saldo ten gevolge van een gunstige verkoop van het goed, dat overblijft na de verrekening met de nog te vervallen geherdisconteerde huurgelden van het contractueel schadebeding, aan te wenden ter aanzuivering van de schuldvordering die zij kan laten gelden wegens de achterstallige huurgelden vervallen vooraleer de overeenkomst rechtens ontbonden werd.

De door de rechtspraak en rechtsleer opgelegde verrekening is gestoeld op de verplichting voor de leasingmaatschappij, bij de bepaling van de contractuele forfaitaire schadevergoeding, binnen de grenzen van een geoorloofde bedongen forfaitaire schadevergoeding te blijven (art. 1152 en art. 1229 van het B.W.). Deze beperking van het recht van de leasinggever op de uitoefening van een contractueel bedongen recht op schadevergoeding overschrijdt uiteraard de grenzen van de afrekening te maken in het raam van de contractuele schadevergoeding niet.

Zij kan onmogelijk tot gevolg hebben dat de leasingnemer, ten gevolge van de ontbinding, door het mechanisme van de verrekening van de netto-verkoopopbrengst van het goed niet alleen integraal vrijgesteld wordt van de nog te vervallen huurprijzen maar daarenboven nog een schuldvordering zou krijgen op de leasingmaatschappij, die hij dan zou kunnen verrekenen met de huurprijzen of andere schulden die vervallen waren vooraleer de overeenkomst ontbonden werd.

In de mate waarin de leasingmaatschappij ervan afziet de geherdisconteerde nog te vervallen huurprijzen op het ogenblik van de ontbinding – d.i. de forfaitaire contractuele schadevergoeding die door de rechtspraak gestroomlijnd werd – te vorderen in het raam van de ontbinding van de overeenkomst, wordt de winst die de leasingmaatschappij heeft verwezenlijkt bij de verkoop van het onroerend goed irrelevant.

De leasingnemer kan immers, na de ontbinding van de overeenkomst, die als dusdanig niet wordt aangevochten, geen enkel recht laten gelden op het onroerend goed, eigendom van de leasingmaatschappij en waarover deze, ingevolge de ontbinding, vrij kan beschikken.

Appellanten tonen geen enkel, uit het contract voortvloeiend, recht aan waarop de leasingnemer zich zou kunnen beroepen om aanspraak te maken op de door de ver-

koop van de eigendom van de leasingmaatschappij verwezenlijkte meerwaarde.

Tevergeefs stellen appellanten dat de vordering tot betaling van de achterstallige huurgelden een vordering is ter uitvoering van de overeenkomst die niet vervolgd kan worden na de ontbinding. Het betreft huurgelden die vervallen waren vooraleer de overeenkomst werd ontbonden. Ingevolge art. 12 in fine van de financieringsovereenkomst blijven de vervallen huurgelden verworven. De bevestiging van de bestaande schuldvordering in art. 12 verandert noch de aard van deze schuldvordering noch haar oorzaak.

De leasingmaatschappij heeft door de ontbinding vroegtijdig beschikking gekregen over het onroerend goed waarvan zij steeds het eigendomsrecht heeft behouden. De leasingnemer heeft door deze ontbinding niet voldaan aan de contractuele voorwaarden die hem toestaan de aankoopoptie op het einde van het contract te lichten. Binnen de grenzen van haar beschikkingsrecht heeft de N.V. E. dit goed verwezenlijkt met winst. Van enige verrijking zonder oorzaak kan, in aanwezigheid van een verkoop van een eigendom met winst, geen sprake zijn.

De uitvoering van de overeenkomst is niet onbillijk. De leasingnemer heeft tegen betaling van de huurprijs de beschikking gehad van een industrieel complex gefinancierd door de N.V. E. De verdeling van de risico's tussen de leasingmaatschappij en de leasingnemer werd vastgelegd in de overeenkomst die beiden vrij hebben gesloten. Daarbij werd vrij bedongen dat het risico m.b.t. de waarde van het gebouw in geval van voortijdige ontbinding toekwam aan de leasingmaatschappij. De gunstige ontwikkeling van de vastgoedsector kan niet tot gevolg hebben dat de overeenkomst onbillijk zou zijn. Bezwaarlijk kunnen de borgen beweren dat niet zij maar de hoofdschuldenaar in gebreke gebleven is zodat het onbillijk zou zijn de gevolgen van de wanprestatie van de hoofdschuldenaar op hun te verhalen terwijl zij juist de verplichtingen van de hoofdschuldenaar hebben gewaarborgd, wat noodzakelijk inhoudt dat zij instaan voor zijn wanprestaties.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE TURNHOUT

3e KAMER – 31 OKTOBER 1996

Voorzitter: de h. Vanderhaeghen

Advocaten: mrs. De Gryse en Cornu loco Braun, De Corte en Fiori

Intellectuele eigendom – Tekeningen en modellen – Beschermingsomvang – Art. 14 B.T.M.W. – Ondergeschikte verschillen – Winkelkarretjes

Een gelijkenis tussen twee soortgelijke producten kan niet verboden worden wanneer die voortvloeit uit de noodzakelijke technische vereisten waaraan het product moet voldoen om het gebruik mogelijk te maken waarvoor het is ontworpen.

A. t/ N.V. D. en E.

Overwegende dat blijkens de voorliggende stukken eiseres op 6 april 1983 een tekening van een winkelwagentje de-

poneerde bij het Internationaal Register, onder het nummer DM:002 405, met uitwerking onder meer voor de Benelux, en gecommmercialiseerd onder de naam «Super Caddie Sécurité 210 L»;

Overwegende dat de bewoordingen van de registratie kennelijk betrekking hebben op het voetstuk (onderstel) van het wagentje, dat beschreven wordt als «aan elke kant samengesteld uit twee parallelle draden met, vooraan en achteraan, afhellende delen in omgekeerde richting, en van ongelijke lengte, waarbij het tussenliggende gedeelte zich uitstrekt tot onder de bodem van de mand van het wagentje»;

Overwegende dat tweede verweerster een vergelijkbaar winkelwagentje fabriceert onder de naam «Carello Antifurto», waarvan de invoer in België verricht wordt door eerste verweerster;

Overwegende dat eiseres van oordeel is dat de beide wagentjes slechts ondergeschikte verschillen vertonen of m.a.w. dat het wagentje, gefabriceerd door tweede verweerster, zonder meer namaak uitmaakt, met miskenning van het hierboven bedoeld gedeponeerd model.

Overwegende dat eiseres haar vordering baseert op art. 14 van de BWTM, stellend dat het door verweersters gecommmercialiseerde winkelwagentje slechts ondergeschikte verschillen vertoont met datgene waarvan het model gedeponeerd werd door eiseres;

Overwegende dat door deponering beschermd is het model zoals het fotografisch of grafisch afgebeeld staat op het depot, eventueel vergezeld van een beschrijving van de kenmerkende eigenschappen (art. 8.1 BWTM);

Overwegende dat, in het licht van het bovenstaande, en nu de beschrijving van het model manifest enkel betrekking heeft op het onderstel van het winkelwagentje, meteen abstractie dient te worden gemaakt van de mandje, bestemd om de koopwaar in te leggen, om een gelijkenis aan te nemen tussen de wagentjes gefabriceerd door enerzijds eiseres en anderzijds verweersters;

Overwegende dat immers de vorm van de mandjes gemeengoed is, kenmerkend voor bijna elk bestaand type van winkelwagentjes en zelfs het wezenlijk uitzicht ervan uitmakend, en bovendien manifest niet gedeponeerd werd door eiseres, gezien de tekst van het depot;

Overwegende dat de omstandigheid dat de grafische voorstelling het hele wagentje weergeeft en niet alleen het onderstel, daaraan niets afdoet nu, indien het de bedoeling van eiseres was geweest om ook het model van het mandje te beschermen, zij vanzelfsprekend ook daarvan een beschrijving zou opgenomen hebben in de begeleidende tekst en zich niet beperkt zou hebben tot het beschrijven van het onderstel als zijnde «de karakteristieke elementen» (cf. tekst van het depot);

Overwegende dat aldus om tot namaak te kunnen besluiten, de verboden gelijkenis zich moet voordoen in het onderstel van de bewuste wagentjes;

Overwegende dat anderzijds gelijkenis tussen twee soortgelijke producten niet verboden kan worden in zoverre ze voortvloeit uit noodzakelijke technische vereisten waaraan het product moet voldoen om het gebruik mogelijk te maken waarvoor het ontworpen werd;

Overwegende dat *in casu* als essentieel voor winkelwagentjes dient te worden beschouwd de mogelijkheid om de wagentjes in elkaar te schuiven met een zo gering mogelijk gebruik van ruimte, terwijl anderzijds in casu, bij de fabricage

van de beide wagentjes, kennelijk een constructie nagestreefd werd die diefstal moet tegengaan, namelijk door het onmogelijk te maken winkelwaren te vervoeren op het onderstel, aan het oog onttrokken door wat zich reeds in het mandje bevindt (cf. de promotiefolder betreffende de beide wagentjes);

Overwegende dat ten slotte elk idee, hoe origineel op zichzelf ook, mag worden gebruikt, mits dat op een afwijkende wijze gebeurt (cfr. A. Braun en J.J. Evrard, *Droit des dessins de modèles au Benelux*, 1975, nr. 44);

Overwegende dat aldus de tekst van het depot door eiseres als primordiaal kenmerk van het gedeponeerde onderstel melding maakt van «aan elke kant twee parallelle draden», dat in het wagentje van verweersters precies niet weer te vinden is, daar de twee draden overduidelijk niet parallel lopen;

Overwegende dat voor het overige het onderstel van beide wagentjes op minstens een 6-tal punten duidelijk verschilt zodat in essentie enkel de boogvorm van het onderstel gemeenschappelijk is, wat overigens door eiseres als niet eens determinerend wordt bestempeld.

Overwegende dat laatstbedoelde overeenkomst tussen beide wagentjes evenwel niet vermag enige verwarring te doen ontstaan bij de gebruiker, temeer daar blijkens de door partijen bijgebrachte tekeningen van vergelijkbare wagentjes van andere fabrikanten, alle dat boogvormige onderstel vertonen, overigens dikwijls vervaardigd uit twee draden, al dan niet parallel verlopend;

Overwegende dat het bij dit alles opvallend is dat eiseres enerzijds er geen graten in ziet dat de boogvorm van het onderstel gebruikt wordt door concurrenten, evenmin als de dubbele staaldraad, en anderzijds de door verweersters aangewezen verschilpunten in het onderstel van de hand wijst als niet relevant, zodat uit dit alles moet besloten worden dat eiseres in wezen niets concreets verwijt aan het model van verweersters, behoudens de totaalindruk van het wagentje, wat nochtans – zoals hierboven reeds uiteengezet – gemeengoed is, en een indruk uitmaakt die onvermijdelijk is indien men... winkelwagentjes wil produceren;

Overwegende dat in die omstandigheden de vordering van eiseres tot stopzetting van de fabricage en de verkoop van de door verweersters ontwikkelde en verkochte winkelwagentjes en tot betaling van een schadevergoeding als ongegrond voorkomt.

...

ARBEIDSRECHTBANK TE GENT

2e KAMER – 20 JANUARI 1997

Voorzitter: de h. Herman

Rechters en sociale zaken: de hh. Coppens en Naert

Advocaten: mrs. Vanoverbeke loco Van Eeckhoutte en De Ganck

1. Verbintenis – Voorwaarde – Overeenkomst – Potestatieve voorwaarde – Nietigheid – 2. Arbeidsovereenkomst – Opzegging – Nieuwe overeenkomst – Opschortende voorwaarde – Positieve evaluatie van werknemersprestaties door werkgever – Potestatieve voorwaarde – Nietigheid – Gevolg – Wederkerige overeenkomst – Nietigheid – Opzeggingsvergoeding

1. en 2. Indien de partijen overeenkomen dat na de afloop van de door de werkgever gedane opzegging een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, op voorwaarde van een positieve evaluatie door de werkgever van de tijdens de opzeggingsperiode door de werknemer geleverde arbeidsprestaties, is die nieuwe arbeidsovereenkomst aangegaan onder een zuiver potestatieve voorwaarde.

Een dergelijke voorwaarde is nietig, en de nietigheid van de verbintenis van de werkgever om de werknemer het overeengekomen werk aan te bieden brengt de nietigheid van de arbeidsovereenkomst met zich mee. De werknemer heeft derhalve wettelijk geen aanspraak op een opzeggingsvergoeding.

De V. t/ C.V. D.G.W.

De eiser werd sinds 1 december 1974 door de verweerster tewerkgesteld als bediende. Sinds 24 mei 1989 was hij als «zaakgelastigde» belast met het dagelijks bestuur van de verweerster.

Bij aangetekend schrijven van 14 mei 1993 werd aan de eiser meegedeeld dat zijn arbeidsovereenkomst onmiddellijk werd beëindigd. Er zou hem een opzeggingsvergoeding betaald worden overeenstemmend met het loon van 20 maanden, die de periode aanvangend op 1 juni 1993 zou dekken. Hiertoe was overigens al op 16 april 1993 beslist – en aan de eiser was met ingang van die datum de toegang tot de zetel van de verweerster ontzegd – maar ingevolge een beroep bij de Vlaamse Huisvestingsmaatschappij was de uitvoering van die beslissing geschorst.

Op 14 september 1993 werd tussen de partijen de volgende overeenkomst gesloten:

«1. Bij aangetekende opzegbrief van 14 mei 1993 heeft de werkgever de arbeidsovereenkomst tussen partijen beëindigd met een opzeggingstermijn van twintig (20) maanden, aanvangende op 1 juni 1993. De werknemer werd vrijgesteld van prestaties.

2. Op verzoek van de werknemer wordt tussen de partijen overeengekomen dat De V. gedurende de opzegperiode van twintig (20) maanden toch arbeidsprestaties zal verrichten voor de werkgever en wel als verantwoordelijke persoon voor het onderhoud en het beheer van het onroerend vermogen, met als titel hoofd van de technische dienst.

In het organigram van de werkgever staat hij onder het gezag van de zaakvoerder. De nieuwe taakomschrijving van de werknemer, waarmee deze uitdrukkelijk instemt, door ze zelf mee te hebben opgesteld, vormt een bijlage bij deze overeenkomst.

3. Om de zes (6) maanden, met ingang van 1 juli 1993, zal de werknemer door de raad van bestuur geëvalueerd worden. Aldus wil de werknemer bewijzen dat hij in vertrouwen met de raad van bestuur kan samenwerken ter uitvoering van het door de raad bepaalde beleid. Deze evaluaties worden aan de werknemer meegedeeld binnen de maand volgend op de periode waarop ze betrekking hebben.

4. De werkgever verbindt zich ertoe de werknemer, na afloop van de hierboven bedoelde opzegperiode, aan te werven als hoofd van de technische dienst, verantwoordelijk voor het onderhoud en het beheer van het onroerend vermogen, zoals hiervoren uiteengezet, mits de eindevaluatie door de raad van beheer over de werknemer positief is.

Deze aanwerving zal alsdan geschieden middels het bepalen van een brutowedde die twintig (20) procent lager ligt

dan de laatste brutowedde aan de werknemer uitbetaald onder het stelsel van de huidige overeenkomst.

5. Deze overeenkomst regelt op definitieve wijze alle tussen partijen bestaande rechten en verplichtingen, en de daarmee op heden tussen partijen bestaande betwistingen.».

Door die overeenkomst werd het onregelmatige ontslag omgezet in een regelmatig ontslag door opzegging.

De evaluatie voor het tweede semester van 1993 was positief, zij het dat een aantal opmerkingen werden gemaakt. Ook de evaluatie voor het eerste semester van 1994 was positief.

Op 14 september 1994 werd een nieuwe «overeenkomst» ondertekend. Zij luidt als volgt: «De partijen sloten op 14 september 1993 een overeenkomst waarin werd overeengekomen dat na het verstrijken van de opzeggingstermijn van twintig maanden en mits er een positieve evaluatie is, De V. een nieuwe arbeidsovereenkomst zou aangeboden worden. Gelet op de positieve evaluatie tot nu toe, bevestigen de partijen de overeenkomst van 14 september '93 die vanzelfsprekend blijft gelden. Zij willen echter nu al de volgende verduidelijkingen aan deze overeenkomst aanbrengen:

1. Na het verstrijken van de opzeggingstermijn van twintig maanden zal De V. verder tewerkgesteld worden in de functie die is omschreven in artikel 4 van de overeenkomst van 14 september 1993. De anciënniteit van De V. vanaf zijn indiensttreding bij de C.V. D.G.W. op 1 december 1974 blijft behouden.

2. De V. zal na de opzeggingstermijn verder bezoldigd worden volgens de huidige weddeschaalcode, dit is de weddeschaalcode 1.1.95 van administratief directeur volgens het geldelijk statuut van het stadsbestuur, met inbegrip van alle volgens deze weddeschaal verschuldigde schaal- en andere verhogingen van toepassing bij de C.V. D.G.W. ingevolge de collectieve arbeidsovereenkomst van 4 januari 1994, zij het dat de aldus verkregen wedde op elk ogenblik verminderd zal worden met 20%.

3. Alle andere bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomst van 4 januari 1994 zijn van toepassing, met uitzondering van de beperking van de stijging van de annalen en biënnalen.

Na het verstrijken van de opzeggingstermijn geniet hij de werkzekerheid bedoeld in punt 2.2».

De eiser werd op 15 maart 1995 uitgenodigd voor een 'eindevaluatiegesprek' op 20 maart 1995. De raad van bestuur evalueerde negatief. Er zou nochtans nog verder contact met de eiser opgenomen worden en de zaak zou opnieuw ter sprake komen op een nieuwe vergadering op 23 maart 1995.

Op 23 maart 1995 werd door de (raad van bestuur van de) verweerster beslist de arbeidsovereenkomst van de eiser met een te beëindigen. In het verslag wordt bovendien melding gemaakt van een incident (met fysiek geweld) op 21 maart 1995 waarbij een ander werknemer betrokken was.

In werkelijkheid kwam aan de overeenkomst pas op 28 maart 1995 een einde (zie alle sociale documenten), bij het verstrijken van de opzeggingstermijn, zij het dat vanaf 22 maart 1995 geen arbeidsprestaties meer werden geleverd.

In rechte

Bij dagvaarding, op 24 april 1995 betekend door gerechtsdeurwaarder J. Delva te Gent, vordert de eiser dat de verweerster veroordeeld wordt tot de betaling van

- 1) een opzeggingsvergoeding van 3.051.042 frank (...)

In zijn conclusie, op 30 oktober 1995 ter griffie neergelegd, volhardt de eiser, met dien verstande dat hij subsidiair, in de plaats van een opzeggingsvergoeding, een schadevergoeding van 3.051.042 frank vordert.

...

Over de opzeggingsvergoeding

...

Bespreking

De rechtbank oordeelt allereerst dat de overeenkomst die de partijen op 14 september 1994 hebben gesloten, geen afbreuk heeft gedaan aan de draagwijdte van de overeenkomst van 14 september 1993, en inzonderheid de erin opgenomen voorwaarde onverminderd heeft laten voortbestaan.

De eiser had op 6 juni 1994 al een schrijven gericht aan de verweerster om uitsluitel te krijgen over de vraag of hij na het einde van de opzeggingstermijn opnieuw zou worden aangeworven. Hierop werd op 27 juni 1994 geantwoord dat de overeenkomst van 14 september 1993 duidelijk alle voorwaarden voor wederindienstneming bevatte. Er werd ook gesteld dat de eindevaluatie geen probleem kon zijn indien de huidige vorm van samenwerking werd bestendigd.

Hieruit blijkt alvast de intentie niet van de verweerster om de voorwaarde te schrappen.

Maar ook de overeenkomst van 14 september 1994 brengt deze bedoeling niet aan het licht. Er wordt duidelijk verwezen naar de overeenkomst van 14 september 1993 en de partijen *bevestigen* deze overeenkomst, met de vermelding dat zij «vanzelfsprekend blijft gelden». Zij wensen enkel een aantal verduidelijkingen aan te brengen. Een en ander kan niet opwegen tegen het (misschien wat ongelukkige) gebruik van de werkwoordvormen in de erop volgende tekst. In geen geval blijkt uit de tekst dat de voorwaarde van een gunstige eindevaluatie werd geschrapt omdat de tussentijdse evaluaties positief waren uitgevallen. De eiser kan niet in ernst betwisten dat in zijn belang een aantal verduidelijkingen werden aangebracht aan de eerste overeenkomst en dat de draagwijdte ervan op een aantal punten nader werd omschreven.

Evenmin staat vast dat de wil om de initiële overeenkomst te wijzigen volgt uit het feit dat einde 1994 geen tussentijdse evaluatie plaatsvond. Het is niet duidelijk waarom dit niet het geval was, maar dit feit alleen is geen bewijs van de stelling van de eiser. Het komt de rechtbank voor dat de verweerster de tijd die zou verstrijken tussen de tussentijdse evaluatie in januari 1995 en de eindevaluatie in maart 1995, te kort kon achten om die eerste evaluatie nog opportuun te vinden.

Zodoende dient de rechtbank de draagwijdte van de overeenkomst van 14 september 1993 te beoordelen.

Het gaat zonder meer om een arbeidsovereenkomst die werd aangegaan onder een opschortende voorwaarde van de kant van de werkgever, te weten een positieve eindevaluatie van de eiser bij het einde van de opzeggingstermijn.

Om een wederzijdse contractbelofte ging het zeker niet (zie hierover Kruithof, R., Bocken, H., De Ly, F., en De Temmerman, B., «Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1994, 171, nr. 87).

Zolang de voorwaarde niet was vervuld, kon de overeenkomst niet uitgevoerd worden, zij het dat zij al bestond. Indien de voorwaarde niet werd vervuld, zou dit meteen van rechtswege het einde van de overeenkomst meebrengen (zie, over de draagwijdte van de onder opschortende voorwaarde gesloten overeenkomst, Cass., 5 juni 1981, *A.C.*, 1980-

81, 1157; *R.C.J.B.*, 1983, 199, noot Herbots, J.; Cass., 15 mei 1986, *A.C.*, 1985-86, 1248, *R.C.J.B.*, 1990, 106, n. Gerard, Ph.).

Vraag is evenwel of de voorwaarde geldig was.

Artikel 1170 B.W. bepaalt dat een potestatieve voorwaarde die is welke afhangt van een gebeurtenis die de ene of de andere van de contracterende partijen vermag te doen plaatsvinden of te verhinderen. Artikel 1174 B.W. zegt dat iedere verbintenis nietig is wanneer zij is aangegaan onder een potestatieve voorwaarde van de zijde van degene die zich verbindt.

In casu gaat het duidelijk om een potestatieve voorwaarde. Vraag is evenwel of het gaat om een *zuiver* potestatieve voorwaarde, nu wordt aangenomen dat artikel 1174 B.W. enkel geldt wanneer de opschortende voorwaarde *uitsluitend* afhangt van de wil van diegene die zich verbindt, in casu de verweerster (Cass., 13 oktober 1983, *A.C.*, 1983-84, 163; Cass., 25 november 1988, *A.C.*, 1988-89, 373).

Samen met de eiser neemt de rechtbank aan dat moet worden aangenomen dat de voorwaarde (een positieve eindevaluatie) in casu wel degelijk enkel van de verweerster afhangt. De overeenkomst vermeldt inzonderheid geen enkel criterium aan de hand waarvan de evaluatie diende te gebeuren. De verweerster behield terzake dus al haar vrijheid bij het beoordelen van de prestaties van de eiser. Ook wanneer die zich behoorlijk van zijn taken zou hebben gekweten, zou het nog altijd de verweerster zijn die zou evalueren. Dit laatste wordt trouwens geïllustreerd door het feit dat zij ondanks twee positieve tussentijdse evaluaties toch nog tot een negatieve eindevaluatie kon komen. In geen geval is het feit relevant dat de verweerster bestuurd wordt door een raad van bestuur waarin een aantal personen zitten die van mening kunnen verschillen. De eiser heeft enkel de verweerster als medecontractant, niet haar raad van bestuur, en het is van geen belang hoe de wijze van besluitvorming van de verweerster tot stand is kunnen komen.

De rechtbank moet aldus tot de conclusie komen dat de arbeidsovereenkomst van 14 september 1993 gesloten werd onder een louter potestatieve voorwaarde van de kant van een der partijen, zijnde de verweerster, schuldenaar van de eiser wat het verschaffen van werk betreft.

Wat zijn de gevolgen van die vaststelling?

De eiser vergist zich nopens de draagwijdte van de door hem opgeworpen nietigheid. Zijn stelling dat de nietigheid enkel de voorwaarde zelf aantast, kan niet worden aangenomen. Artikel 1174 B.W. zegt duidelijk dat het de *verbintenis* die onder de voorwaarde werd gesloten, is die door de nietigheid wordt getroffen (zie De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, I, nr. 155bis). In casu betekent dit dat de verbintenis van de werkgever om in het kader van de arbeidsovereenkomst het overeengekomen werk aan te bieden, nietig is. Nu de arbeidsovereenkomst wederkerige verbintenissen inhoudt, heeft dit noodzakelijkerwijze gevolgen voor de verbintenissen van de eiser, die niet kunnen bestaan zonder die van de verweerster. Wanneer geen werk aangeboden hoeft te worden, dient er uiteraard ook geen gepresteerd te worden. De meest essentiële verbintenissen die uit de arbeidsovereenkomst voortspuiten, vervallen aldus. Nu er geen arbeidsovereenkomst zonder die verbintenissen kan bestaan, moet aangenomen worden dat er ook geen geldige overeenkomst werd gesloten. De nietige voorwaarde brengt dus de nietigheid van de overeenkomst met zich mee

(vgl. met Cass., 27 mei 1991, *Soc. Kron.*, 1992, 28; Luik, 13 december 1994, *J.T.*, 1995, 452). Dit hoeft zeker niet altijd het geval te zijn, met name wanneer de nietige voorwaarde niet aan een essentiële verbintenis gekoppeld is, maar zoals gezegd is dit in casu wel het geval.

Zo er geen geldige arbeidsovereenkomst werd gesloten, kan er geen sprake zijn van een onregelmatige beëindiging ervan. De eis tot betaling van een opzeggingsvergoeding is ongegrond.

In geen geval kan het feit dat een arbeidsovereenkomst, overeenkomstig de bovenvermelde regels *ab initio* als nietig moet worden aangemerkt, gelijkgesteld worden met een eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de verweerster. Met het beschermende karakter van het arbeidsovereenkomstenrecht heeft een en ander niets te maken.

Ook de subsidiair gestelde eis dient te worden afgewezen. Allereerst omdat de eiser niet aantoonde welke schade hij heeft geleden, laat staan dat die door het door hem geëiste bedrag kan worden vergoed. Maar bovendien omdat geen fout is bewezen. Wanneer de eiser de draagwijdte van de gesloten overeenkomsten verkeerd heeft ingeschat, dan blijven de gevolgen hiervan voor zijn eigen rekening.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE HASSELT

1e KAMER – 23 OKTOBER 1996

Voorzitter: de h. Vanhelmont

Advocaten: mrs. Fransen loco Raets en Van den Broeck

1. Factuur – Protest – Terugzenden van de factuur – Draagwijdte – 2. Overeenkomst – Uitvoering te goeder trouw – Misbruik van contractuele rechten

1. *Het terugzenden van een factuur moet worden beschouwd als een algemeen protest tegen alle bepalingen van de factuur.*

2. *De rechter mag hetgeen is overeengekomen, niet wijzigen op grond van de goede trouw of de billijkheid. De onaantastbaarheid van de overeenkomst vindt haar beperking echter in het misbruik dat een schuldeiser van zijn contractuele rechten maakt.*

X t/ Y

Eiseres leverde kabels aan verweerster. Die kabels zijn op haspels gewikkeld. De factuurvoorwaarden van eisers bepalen in art. 5: «De bobijnen die gebruikt worden voor het vervoer van de kabels, worden gratis ter beschikking gesteld van de koper gedurende een maximumtermijn van drie maanden, die een aanvang neemt bij het verstrijken van de verzendingsmaand. Deze bobijnen blijven eigendom van Lumka. De koper verbindt er zich toe om de bobijnen franco en in goede staat aan Lumka terug te bezorgen op de maatschappelijke zetel uiterlijk vóór het verstrijken van de derde maand.

Bij het vervallen van de termijn en door het feit dat de haspels niet worden terug bezorgd, is de koper ipso facto bij uitdrukkelijke overeenkomst aan de leverancier een vergoeding verschuldigd welke gelijk is aan het overeengekomen herstelling van het nadeel voor het niet gebruiken, veroorzaakt door de bijkomende onbeschikbaarheid van de haspels.

Deze vergoeding is maandelijks en bij voorbaat verschuldigd voor elke begonnen maand en bedraagt 5% van de eenheidsprijzen van de haspels.»

De factuurvoorwaarden van eiseres bepalen onder art. 8: «Bij niet-betaling op de vervaldag dient de verkoper van rechtswege en zonder ingebrekestelling een verwijlrest te betalen ad 2% per begonnen maand». Ten slotte bepalen de factuurvoorwaarden onder art. 9: «Bij niet-betaling op de vervaldag dient de verkoper van rechtswege en zonder ingebrekestelling een forfaitaire schadevergoeding ad 15% van het factuurbedrag te betalen. De betalingen zullen eerst worden aangerekend als vergoeding voor interesten en schadevergoedingen en daarna als afkortingen van de factuurbedragen.»

De facturatie van de oorspronkelijke eis en de uitbreiding van eis heeft betrekking op de vergoedingen voor de haspels, overeenkomstig art. 5 van de factuurvoorwaarden van eiseres.

Verweerster stelt dat de haspels op werkerterreinen nog al eens verloren plegen te gaan en dat, toen zij in mei 1994 de eerste facturen i.v.m. de haspels ontving, telefonisch contact opnam met aanlegster en de facturen na telefonische afspraak terugstuurde. Eiseres ontkent dat laatste. Toen de commerciële situatie tussen partijen verslechterde, stelde eiseres voor de vervallen facturen in gebreke en ging over tot dagvaarding. Verweerster betaalde vóór de inleidingszitting op 26 juni 1996 de hoofdsom, 201.571 fr. en beoogde een commerciële oplossing voor de toekomst. Zij stelt dat die commerciële oplossing uitbleef omdat eiseres bleef factureren. Zij stelt die facturen dan ook teruggestuurd te hebben.

Eiseres stelt bijkomend gefactureerd te hebben als volgt:

- factuur 96004111 dd. 10/06/96 ad 10.266,-fr
- factuur 96004119 dd. 10/06/96 ad 285,-fr
- factuur 96005021 dd. 05/07/96 ad 9.669,-fr
- factuur 96005028 dd. 05/07/96 ad 380,-fr
- factuur 96005785 dd. 12/08/96 ad 8.782,-fr
- factuur 96005792 dd. 12/08/96 ad 475,-fr

Verweerster spreekt eiseres niet tegen dat zij de facturen van 10 juni 1996 en 5 juli 1996 op 30 juli 1996 heeft teruggestuurd zonder verdere aanduiding van protest en dat de raadsman van eiseres daarop reageerde op 6 augustus 1996 met herhaling van haar standpunt en dat de twee facturen van 12 augustus 1996 werden teruggestuurd zonder verdere aanduiding van protest.

Ten slotte schreef eiseres op 11 september 1996 een factuur uit onder nr. 96006585 voor 8.452,-fr.

Beoordeling

1. De hoofdsom van de oorspronkelijke hoofdeis werd voldaan. Het schadebeding belooft volgens de algemene voorwaarden 15%. Een dergelijk schadebeding is overdreven en heeft geen vergoedend karakter. Het is nietig en kan niet verminderd worden. De nalatighedsinteresten belopen volgens dezelfde algemene voorwaarden op 24% per jaar. Dergelijke interesten maken eveneens een schadebeding uit. Zij zijn eveneens overdreven en verliezen hun vergoedend karakter. Zij kunnen niet beperkt worden tot 12%. Alleen interesten tegen de wettelijke interestvoet kunnen worden toegekend, te dezen dus 13.432 fr.

2. Het protest op de facturen van 10 juni 1996 was laattijdig. Die facturen voor een totaal bedrag van 10.511 fr zijn

dus verschuldigd. Het schadebeding kan om redenen uiteengezet sub 1 niet worden toegekend.

3. Het protest tegen de factuur van 5 juli 1996 en 12 augustus 1996 moet beschouwd worden als tijdig. Het terugzenden van een factuur moet beschouwd worden als algemeen protest. (zie Dirix E. en Ballon G.L., APR, tw. *De factuur* nr 214). Een dergelijk protest moet beschouwd worden als een ontkenning van het bestaan van de overeenkomst en niet nader omschreven worden. Over de grond van dit protest en de verschuldigdheid wordt hierna geoordeeld, het is immers dezelfde problematiek als die welke betrekking heeft op de eis tot teruggave van de haspels. Ten slotte wordt ook de factuur van 11 september 1995 als tijdig geprotesteerd beschouwd gelet op de conclusies van verweerster, neergelegd ter zitting van 9 oktober 1996.

4. Verweerster houdt terecht staande dat, nu door de tijd is komen vast te staan dat zij de haspels niet kan teruggeven, de toepassing van art. 5 van de factuurvoorwaarden haar in een onmogelijke situatie brengt nu de wijze waarop eiseres dit artikel blijft toepassen haar recht zou geven op een eeuwigdurende vergoeding van 5% van de waarde van de haspels per maand. Bovendien vindt verweerster de situatie grotesk dat eiseres, na jaren deze 5% in rekening te hebben gebracht, ook de teruggave van haspels vraagt onder verbeurte van een dwangsom, bovendien goed wetend dat verweerster over die haspels niet beschikt.

De rechter mag hetgeen contractueel is overeengekomen, niet op grond van de beginselen der goede trouw of op grond van billijkheid wijzigen (Cass., 15 oktober 1987, *R.W.*, 1987-88, 1506; zie ook Cass., 21 februari 1992, *R.W.*, 1992-93, 568, *J.L.M.B.*, 1458, met noot Storme M.E.). De rechter kan wel vaststellen dat een contractspartij misbruik maakt van de rechten die aan de overeenkomst worden ontleend.

Het Hof van Cassatie heeft dan ook aangenomen dat de regel van de onaantastbaarheid van een schadebeding zijn grens vindt in het misbruik dat de schuldeiser van zijn contractuele rechten maakt (Cass., 18 februari 1988, *T.B.H.*, 1988, 686; zie hierover nader Dirix E., «Over de beperkende werking van de goede trouw, *T.B.H.*, 1988, 660-667).

Een partij die in gebreke blijft, kan aan zijn schuldeiser tegenwerpen dat hij niet te goeder trouw handelt, bij zijn keuzerecht tussen gedwongen uitvoering en de ontbinding van de overeenkomst (Cass., 16 januari 1986, *R.W.*, 1987-88, 1470, noot Van Oevelen A.).

In casu kan verweerster dus eiseres voorhouden dat zij niet te goeder trouw handelt door blijvend een vergoeding voor het gebruik van de haspels te vorderen en niet zonder meer de waarde van die haspel (of een vergoeding voor het verlies ervan) te vorderen op een ogenblik dat het voor eiseres duidelijk moet zijn geworden, dat die haspel verloren is.

In die omstandigheden kan de rechtbank niet zonder meer de vordering zoals uitgebreid, waarover zij hierboven nog geen uitspraak heeft gedaan, toekennen.

Eiseres dient voor elke haspel opgave te doen nu het ogenblik waarop hij ter beschikking werd gesteld van verweerster en welk bedrag zij verweerster reeds voor het gebruik in rekening bracht: zij zou haar vordering kunnen aanpassen aan de hierboven naar voren gebrachte principes. In elk geval wordt de vordering tot teruggave van de haspels op straffe van een dwangsom van nu af ongegrond verklaard.

VREDEGERECHT TE ROESELARE

27 MAART 1997

Rechter: de h. Nolf

Advocaten: mrs. Bekkers en Sieberichs

Internationaal privaatrecht – Huwelijk – Wederzijdse rechten en plichten van echtgenoten – Dringende en voorlopige maatregelen – Toewijzing van het hoederecht – Erkenning van een Duits vonnis – Art. 10, 1°, a, van het Europees Verdrag van 20 mei 1980 – Art. 8 E.V.R.M.

De erkenning van in het buitenland gewezen rechterlijke beslissingen i.v.m. de toekenning of de uitoefening van het ouderlijk gezag vereist geen exequatur. Op grond van art. 10 van het Europees Verdrag van 20 mei 1980 betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen inzake het gezag over kinderen en betreffende het herstel van het gezag over kinderen zal de erkenning worden geweigerd wanneer de gevolgen van de buitenlandse beslissing kennelijk onverenigbaar zijn met de grondbeginselen van het familie- en kinderrecht van de aangezochte staat.

Aangezien de beslissing van het Duitse Familiengericht het omgangsrecht toekent aan verweerster die de eentalig Duitse opvoeding van de kinderen van het Belgisch-Duitse echtpaar organiseert, resulteert ze in uiterst verstekkende – en zo goed als irreversibele – gevolgen buiten ieder genuanceerd debat met betrekking tot de opvoedkundige belangen van het kind. Ze pleegt dan ook wezenlijk inbreuk op het recht op omgang van eiser en zijn familie, nochtans onderdeel van art. 8 E.V.R.M.

V. t/ V.

1. Het verzoek strekt ertoe strikt dringende en voorlopige maatregelen te horen bevelen in de volgende bewoordingen:

- gemachtigd te worden afzonderlijk te wonen op het adres (...);
- dat wordt gezegd voor recht dat de beide minderjarige kinderen van partijen voornoemd, permanent ingeschreven zullen worden in het bevolkingsregister op het adres van hun vader en aldaar zullen verblijven;
- dat wordt gezegd voor recht dat de kinderbijslagen rechtstreeks aan hem toekomen;
- betreffende het betalen van onderhoudsgeld voor de kinderen door verweerster, vraagt verzoeker *hic et nunc* voorbehoud;
- aan partijen dient verbod te worden opgelegd om schulden te maken ten laste van de huwelijksgemeenschap;
- gemachtigd te worden een inventaris te doen opstellen van de tot de huwelijksgemeenschap behorende roerende goederen, zulks op gemene kosten door de eerste hiertoe aangezochte gerechtsdeurwaarder of notaris, en aan partijen verbod dient te worden opgelegd om deze goederen te vervreemden, te verplaatsen of te verpanden;
- afgifte van de personenwagen Seat, kenteken nr. B-764-T, en dat wordt gezegd dat aan verzoeker van dit voertuig het voorlopig gebruik dient te worden toegekend;

2. Partijen zijn in ons kanton gehuwd, en administratief gedomicilieerd, terwijl verweerster de Duitse nationaliteit bezit, en zij hun gezinswoning in Duitsland hielden.

Hun kinderen zijn vier en twee jaar oud.

Gelet op de reeds door haar ingestelde procedure in Duitsland, verzet verweerster zich in het bijzonder tegen de toewijzing van het hoederecht aan aanlegger.

Het blijkt namelijk dat verweerster, anterior aan litigieus verzoek, bij het *Amtsgericht (Familiengericht)* te Siegburg, maatregelen nagestreefd heeft, omtrent welke vordering huidige aanlegger blijkbaar ingelicht werd bij betekening van 4 februari jl.

Op 14 februari jl. verkreeg verweerster aldaar reeds een «voorlopige» beslissing, op dringende gronden «*telefonisch uitgesproken*», waarbij de kinderen aan de hoede van verweerster werden toevertrouwd.

Uit die beschikking is af te leiden dat aanlegger daaromtrent niet gehoord werd.

Op 28 februari jl. volgde van dezelfde rechtbank een eindvonnis, waarin dezelfde regeling bevestigd werd. Toen werd verweerder wél gehoord: zijn conclusies, neergelegd op de datum der uitspraak, blijken uitdrukkelijk buiten het bearaad gehouden te zijn.

3. Indien de rechtbank de Duitse taal machtig is, mag voor de conclusies van aanlegger worden opgemerkt dat deze er zich niet toe mogen beperken de besproken Duitse procedurestukken uitsluitend in voormelde landstaal te citeren: hij behoort, binnen dat kader, ter naleving van de wet van 15 juni 1935 minstens de zakelijke inhoud waarop hij zich beroept, in de taal van huidige rechtspleging te vermelden (vgl. Cass., 8 september 1992, *R.W.*, 1992-93, 547) – *quod non*.

4. In strijd met wat aanlegger beweert vereist de erkenning van in het buitenland gewezen rechterlijke beslissingen i.v.m. de toekenning of de uitoefening van het ouderlijk gezag, géén exequatur (Cass., 25 juni 1903, *Pas.*, 1903, I, 317).

Het beginsel van de automatische erkenning van een in het buitenland verkregen rechterlijke of administratieve beslissing in verband met het ouderlijk gezag, ligt ook aan de basis van het Europees Verdrag van 20 mei 1980 betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen inzake het gezag over kinderen en betreffende het herstel van het gezag over kinderen, voor België op 1 februari 1986 in werking getreden (*A.P.R., Internationaal Privaatrecht*, nr. 550).

Inzake het thans besproken geschilpunt heeft deze *lex specialis* dan ook bij voorrang toepassing (zo nodig boven het voorziene, bij de overeenkomst tussen België en Duitsland betreffende de erkenning en wederzijdse tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen in burgerlijke zaken van 30 juni 1958).

Buiten de gevallen van *ongeoorloofde overbrenging* (in casu territoriaal niet voorhanden), kan de erkenning van een gegeven beslissing echter worden geweigerd:

a) in de gevallen van art. 9 van het eerstvoormeld verdrag, met name als «(a) indien, bij een beslissing die was gegeven in afwezigheid van de verweerder of van zijn wettige vertegenwoordiger, het inleidend gedingstuk of een daarmee gelijkstaand stuk niet op regelmatige wijze en tijdig was bekend of ter kennis gebracht aan de verweerder opdat deze zijn verweer kon voorbereiden (...)»

b) in de gevallen van art. 10, van het Verdrag, met name «(a) indien wordt vastgesteld dat de gevolgen van de beslissing kennelijk onverenigbaar zijn met de grondbeginselen van het familie- en kinderrecht van de aangezochte Staat».

Evident mag in geen enkel geval een onderzoek worden ingesteld naar de juistheid van de buitenlandse beslissing (art. 9.3).

5. Als gevolg aan de verkregen beslissing, heeft verweerster het oudste kind onmiddellijk uit de Nederlandstalige school van het Belgische leger verwijderd, en ingeschreven in een Duitse onderwijsinstelling, waar het nu ook daadwerkelijk de school volgt. Hetzelfde is het geval voor het jongste kind, zij het dat deze inschrijving nog beperkt is tot de administratieve formaliteit zelf.

De vroegere en huidige scholen zijn beide in de nabijheid van de nieuwe woonplaats van verweerster gelegen (resp. een drietal en een halve kilometer): partijen zijn in dezelfde stad blijven wonen.

Verweerster betwist niet dat beide partijen met hun kinderen tijdens het samenwonen uitsluitend de Nederlandse taal voerden (wat haar betreft, naar eigen zeggen in een «mic mac» – zijnde te begrijpen als «gebroken Vlaams»); dit is zodanig waar dat zij er zich over beklaagt dat het oudste kind zijn Duitse speelgenoten (nog) niet (voldoende) begrijpt.

Aanlegger verzet zich tegen een eentalig Duitse opvoeding van zijn nog zeer jonge kinderen, rekening houdend met latere, zo ruim mogelijk te houden mogelijkheden van studiekeuze (ook in België,) en de regelmatige contacten tussen de kinderen en zijn eigen ouders – deze laatste omgang bevestigd zijnde in de voorlopige beschikking van 14 februari voormeld, p. 2, vierde alinea.

6. Het hierboven geciteerde art. 9 van het verdrag blijkt niet van toepassing, daar alvast het vonnis van 28 februari 1997 een contradictoire procedure (zie de uitdrukkelijk vermelde mondelinge behandeling) afsloot.

7. Anderzijds hoeft het geen groot betoog dat de door verweerster thans georganiseerde eentalig Duitse opvoeding van de kinderen het onmiddellijke en rechtstreekse gevolg is van de jongste beslissing van het «*Familiengericht*».

Op termijn is het vrij duidelijk dat het omgangsrecht van aanlegger met zijn kinderen (en dit van zijn ouders, *ex art. 375bis* B.W.), tot een Babylonisch probleem dreigt te ont-aarden, dat de rechten van alle betrokkenen minstens kwalitatief, ingrijpend zal aantasten. In dat verband vergeet verweerster kennelijk dat haar opvoedingstaak eerder een wel te begrijpen *plicht* betreft dan een eigengereid uit te oefenen *recht*, buiten iedere informatie aan de andere ouder om, en in strijd met hetgeen de betrokken kinderen – die uiteindelijk als meertalige wereldburgers horen opgevoed te worden – aan hun prille leeftijd als vertrouwde levenssfeer beschouwden.

Aldus leidt de door verweerster ingeroepen beslissing ook tot uiterst verstrekkende – en zo goed als irreversibele – gevolgen buiten ieder genuanceerd debat met betrekking tot de opvoedkundige belangen van het kind (en met name hun ontplooiing als persoon, en binnen het kader van aanleggers familie), zoals overeenkomstig art. 274 B.W. mogelijk: ook een *culturele kidnap* kan niet worden getolereerd.

In die bewoordingen besluiten wij dat de door verweerster gehanteerde beslissing in haar – blijkbaar *ab initio* beoogde – gevolgen, wenzenlijk inbreuk pleegt op het recht op omgang van aanlegger en zijn familie, ten opzichte van de kinderen – nochtans een onderdeel van art. 8 E.V.R.M., dat de eerbiediging van het privé- en gezinsleven waarborgt (K. Jacobs, «Het omgangsrecht in België en Nederland», *T.P.R.*,

1996, 831) – zie ook art. 22 Gw. en art. 2, (1), ten eerste, van het Verdrag van 30 juni 1958.

Wij besluiten dan ook, bij gebreke van verzoening, tot het toevertrouwen van het hoederecht (met de specifieke bevoegdheden en administratieve gevolgen vanden) van aanlegger, en een zeer ruim omgangsrecht aan verweerster.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 4 mei 1995

Handelshuur – Door huurder geplande verbouwing – Kosten van het werk – B.T.W. en honorarium van de architect – Geen rekening te houden met de kosten van afwerking

Op de volgende gronden vernietigt het Hof een vonnis van de Rb. te Brussel van 16 februari 1994.

«Overwegende dat artikel 7, eerste lid, van de Handelshuurwet van 30 april 1951 bepaalt dat 'de huurder het recht heeft aan het gehuurde goed elke verbouwing uit te voeren die dienstig is voor zijn onderneming en waarvan de kosten drie jaar huur niet te boven gaan, mits daardoor noch de veiligheid, noch de salubriteit, noch de esthetische waarde van het gebouw in het gedrang komen, en mits hij vooraf de verhuurder bij ter post aangetekende brief (...) in kennis stelt van al de voorgenomen veranderingen, met overlegging van de plans en bestekken, zodat de verhuurder in voorkomend geval zich om wettige redenen ertegen kan verzetten';

«Overwegende dat het bestreden vonnis de verweerders de toestemming verleent om de geplande verbouwing in het hen door eiseres verhuurde pand uit te voeren, nu het oordeelt dat de op 3.015.775 frank geraamde kosten van het werk minder bedragen dan 3.383.775 frank, zijnde het bedrag van drie jaar huur op dat tijdstip; dat de appelrechter heeft geoordeeld dat geen rekening diende te worden gehouden met de belasting over de toegevoegde waarde, noch met het eventuele honorarium van een architect noch met de kosten van de afwerking;

«Overwegende dat de kosten van het werk, in de zin van artikel 7 van de wet van 30 april 1951, de belasting over de toegevoegde waarde en het honorarium van de architect omvatten, die ten laste van de opdrachtgever zijn; dat daarentegen geen rekening dient te worden gehouden met de kosten van de afwerking, die niet als een in voornoemd artikel 7 beoogde verbouwing worden beschouwd, maar als een werk waarvoor geen toestemming van de verhuurder is vereist;

«Dat het bestreden vonnis, in zoverre het bij de raming van de kosten van de verbouwing geen rekening houdt met het bedrag van de belasting over de toegevoegde waarde en van het honorarium van de architect, de in het middel aangewezen wetsbepaling schendt.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: de h. Rappe – Openbaar ministerie: de h. Piret – Advocaten: mrs. Nelissen Grade en Bützler – In de zaak: B.V.B.A. B. in vereffening t/ S. en D.).

Hof van Cassatie (3e Kamer), 20 mei 1996

Rechtsmiddelen – Voorziening in cassatie – Termijn – Berekening – Kennisgeving

Op de volgende gronden verklaart het Hof de voorziening tegen een arrest van het Arbeidshof te Bergen van 15 maart 1995 onontvankelijk.

«Overwegende dat krachtens artikel 1073, eerste lid, Ger.W. de termijn van drie maanden om zich in cassatie te voorzien in de in artikel 704, eerste lid, genoemde zaken begint te lopen vanaf de dag van de overeenkomstig artikel 792, tweede en derde lid, gedane kennisgeving van de bestreden beslissing;

«Dat luidens artikel 32, 2, Ger.W. in dit wetboek onder kennisgeving wordt verstaan: de toezending van een akte van rechtspleging in origineel of in afschrift, langs de post of, in de gevallen die de wet bepaalt, in de vormen die deze voorschrijft;

«Dat artikel 52, eerste lid, van genoemd wetboek preciseert dat de termijn wordt gerekend van middernacht tot middernacht en dat hij wordt gerekend vanaf de dag na die van de akte of van de gebeurtenis welke hem doet ingaan;

«Dat artikel 53 van hetzelfde wetboek bepaalt dat, wanneer de vervalldag een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag is, de vervalldag verplaatst wordt op de eerstvolgende werkdag;

«Dat krachtens artikel 54 de in maanden bepaalde termijn wordt gerekend van de zoveelste tot de dag voor de zoveelste;

«Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat het bestreden arrest, nu het is gewezen in een in artikel 704, eerste lid, Ger.W. genoemde zaak, overeenkomstig artikel 792, tweede en derde lid, van dat wetboek, aan eiser op 17 maart 1995 ter kennis is gebracht door toezending langs de post, en dat het cassatieverzoekschrift op 20 juni 1995 op de griffie van het Hof is ingediend; dat uit die stukken niet blijkt dat eiser zich bevindt in een van de in artikel 1073, tweede en derde lid, Ger.W. vermelde gevallen;

«Dat de termijn om zich in cassatie te voorzien dus verstreek op 17 juni 1995; dat evenwel 17 juni 1995 een zaterdag was, zodat de vervalldag met toepassing van artikel 53 Ger.W. verplaatst werd op maandag 19 juni 1995, dat is de dag voor die waarop het verzoekschrift op de griffie van het Hof werd ingediend;

«Dat het cassatieberoep, nu het op 20 juni 1995 is ingesteld, te laat werd ingediend en naar het vereiste van artikel 1078 Ger.W. niet-toelaatbaar moet worden verklaard.»

(Voorzitter: de h. Marchal – Rapporteur: de h. Verheyden – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – Advocaat: mr. Gérard – In de zaak: F. t/ C.)

Hof van Cassatie (3e Kamer), 21 oktober 1996

Bevoegdheid en aanleg – Samenhang – Verwijzing

Op de volgende gronden vernietigt het Hof de bestreden arresten, op 18 mei 1994 en 18 oktober 1995 gewezen door het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge:

«Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat: 1. verweerder na de beëindiging van een contractuele relatie met eiseres, voor de Arbeidsrechtbank te Kortrijk een vergoeding heeft gevraagd gebaseerd op de Arbeidsovereenkomstenwet; 2. eiseres op grond van diezelfde overeenkomst, door haar als een samenwerkingsovereenkomst tussen zelfstandigen gekwalificeerd, verweerder heeft gedagvaard voor de Rechtbank van Koophandel te Kortrijk tot betaling van een vergoeding; 3. de Rechtbank van Koophandel te Kortrijk geoordeeld heeft dat verweerder impliciet de verwijzing wegens samenhang had gevraagd, op dit impliciet verzoek is ingegaan en de zaak heeft verwezen naar de genoemde arbeidsrechtbank; 4. de arbeidsrechtbank, na de zaken te hebben gevoegd, geoordeeld heeft dat de overeenkomst van 2 mei 1990 geen arbeidsovereenkomst was, beslist heeft dat de arbeidsrechtbank onbevoegd was en de gevoegde zaken heeft verwezen naar de Rechtbank van Koophandel te Kortrijk; 5. het arbeidshof in het bestreden arrest van 18 mei 1994 het vonnis van de arbeidsrechtbank heeft vernietigd en in het arrest van 18 oktober 1995 uitspraak heeft gedaan ten gronde over de vorderingen van partijen ingesteld voor de arbeidsrechtbank en voor de rechtbank van koophandel;

«Overwegende dat de verwijzingsbeslissing wegens samenhang de rechter naar wie de zaak wordt verwezen, niet bindt; dat, meer bepaald, krachtens artikel 644 Ger.W., de verwijzing wegens samenhang niet belet dat, indien daartoe grond bestaat, de rechter naar wie de zaak is verwezen, de artikelen 639 en 640 toepast;

«Dat de appelrechter die van een exceptie van onbevoegdheid kennis neemt, zijn rechtsmacht moet bepalen naar het onderwerp van het geschil, zoals dat door de eiser is omschreven;

«Overwegende dat de appelrechters te kennen geven dat de rechtbank van koophandel te dezen bevoegd was maar oordelen, in het eerste bestreden arrest, dat de arbeidsrechtbank de zaken noch afzonderlijk noch in hun geheel mocht terugverwijzen naar de rechtbank van koophandel en, in het tweede bestreden arrest, dat het arbeidshof 'gelet op de bepalingen van artikel 660, tweede lid, Ger.W., gehouden is de toepasselijke wetgeving te hanteren, ongeacht haar initiële bevoegdheid ratione materiae';

Dat zij de artikelen 644, 660 en 1068 Ger.W. schenden, door te oordelen, eensdeels, dat de arbeidsrechtbank de zaak oorspronkelijk ingeleid voor de rechtbank van koophandel niet mocht verwijzen naar die rechtbank, anderdeels, dat hun bevoegdheid bepaald was, niet alleen door het onderwerp van het geschil maar mede door de verwijzing wegens samenhang beslist door de rechtbank van koophandel.»

(Voorzitter: de h. Marchal – Rapporteur: de h. Verougstraete – Openbaar ministerie: mevr. De Raeve – Advocaten: mrs. De Gryse en Nelissen Grade – In de zaak: A. t/ B.)

BOEKEN

J. VANDE LANOTTE, M. CROMHEECKE en P. LEFRANC, **Administratieve rechtscolleges: een rechtsvergelijkende studie**, Brussel, Federale Diensten voor Wetenschappelijke, Technische en Culturele Aangelegenheden, 1997, 213 pp.

Ook in het domein van de bestuurlijke rechtspraak maken verschillende doctrines opgeld. De *monisten* pleiten voor een integratie van de bestuurlijke geschillenregeling bij de burgerlijke rechter, terwijl de voorstanders van een juridictioneel *pluralisme* het behoud van afzonderlijke administratieve rechtscolleges voorstaan.

Nu de werklust van de Raad van State behoorlijk is toegenomen door de spectaculaire aangroei van het zaakaanbod sinds 1992 en een alomvattende hervorming onafwendbaar lijkt, komt dit onderzoeksrapport, dat tot stand kwam in het kader van het «Programma Burger en Rechtsbescherming», op het geschikte ogenblik. Na een gedetailleerde bespreking van de ontwikkeling van de administratieve geschillenbeslechting in ons land, en dit vanuit zowel rechts-historisch als rechtspraktisch oogpunt, gaan de drie auteurs na hoe voor een oorspronkelijk identieke toestand, in Frankrijk en Nederland andere oplossingen werden aangereikt. In Frankrijk is de scheiding tussen de administratieve en de burgerlijke rechtsmacht een postulaat waaraan sinds de Franse Revolutie niet meer is getornd. Het grondwettelijk karakter ervan is in 1987 zelfs uitdrukkelijk erkend door de *Conseil constitutionnel*. Onze noorderburen daarentegen hebben in 1994 resoluut voor een «trendbreuk» geopteerd door bij de arrondissementsrechtbanken 19 administratieve kamers op te richten die optreden als algemene administratieve rechter.

Men kan betreuren dat de auteurs van het onderzoeksproject in hun rechtsvergelijkende conclusies en beleidsvoorstellen nalaten kleur te bekennen over de weg die in België moet worden bewandeld. Voor hen is de keuze tussen juridictioneel monisme of pluralisme blijkbaar bijzaak. Wel essentieel is de vraag of de handhaving van het objectieve recht voorrang moet hebben op de rechtsbescherming, en welke maatregelen op proceseconomisch vlak daarbij raadzaam zijn. Hoe dan ook menen zij dat prioritair gestreefd moet worden naar een doorzichtige en coherente structuur. Bijzondere administratieve rechtscolleges dienen zoveel mogelijk uit het rechtsverkeer te verdwijnen door de behandeling van de geschillen eerst aan een bestuurlijke instantie voor te leggen, waarna vervolgens juridictioneel beroep kan worden ingesteld bij een gemeenrechtelijke (administratieve) rechtbank. Ook dringen de auteurs aan op de invoering van een veralgemeende voorprocedure en attenderen ze op het nut van een jaarlijks werkingsrapport. Interessant zijn ten slotte het voorstel i.v.m. de oprichting van een centraal orgaan dat alle bestuurlijke en juridictionele beroepen zou ontvangen en doorzenden naar de bevoegde instelling, en de suggesties om de rechtspleging in te korten en de cassatieberoepen te beperken.

Het eindrapport kan gratis aangevraagd worden bij de Dienst Onderzoek en Ontwikkeling van de DWTC, Wetenschapsstraat 8 te 1000 Brussel (tel. 02/238.34.11).

A. Coppens

P. BEGHIN e.a., **Gentse geschriften – uitstel en anticipatie van winstneming in het fiscaal recht**, Biblio, Kalmthout

Dit boek is een zoveelste resultaat van de ijver van de interfacultaire vakgroep Fiscaliteit van de Universiteit Gent. De in dit boek opgenomen bijdragen over uitstel en anticipatie van winstneming zijn het resultaat van een dubbel initiatief. In het kader van de Fiskoloog-tribunes hield prof. dr. S. Huysman op 19 juni 1996 een lezing over «Income smoothing: de grenzen van het fiscaal toelaatbare». Op 21 november 1996 organiseerde de vermelde vakgroep een avondprogramma onder de titel «Uitstel en anticipatie van winstneming: de fiscaalrechtelijke problematiek».

Prof. dr. S. Huysman bespreekt de problematiek van uitstel en anticipatie van winstneming in het algemeen. Ze gaat na welke premissen de jaarrekening moet vervullen om een bruikbaar instrument op te leveren om de fiscale druk op de ondernemingswinst te verlichten. Dezelfde auteur bespreekt eveneens de spanningen die bestaan tussen het boekhoud- en het fiscaal recht inzake het reali-

satiemoment, d.i. het ogenblik waarop opbrengsten, kosten, overlopende rekeningen, enz. worden geacht bij te dragen tot het resultaat. Ten slotte zet prof. dr. S. Huysman de boekhoudrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten uiteen van afschrijvingsstrategieën.

Prof. dr. P. Beghin toont in zijn eerste bijdrage aan dat het onderscheid dat in het boekhoud- en het fiscaal recht inzake de begrippen «vast activum» en «kosten» wordt gemaakt, in concreto soms vrij vaag uitvalt. Volgens hem bieden bedrijfseconomische grondslagen de enige conceptuele basis waaruit onderscheidingscriteria kunnen worden afgeleid. In een tweede bijdrage analyseert dezelfde auteur eveneens vanuit een meer conceptuele invalshoek hoe voorzieningen voor risico's en kosten als een techniek kunnen worden gebruikt om belasting in de tijd uit te stellen of te anticiperen.

De twee laatste bijdragen zijn geschreven door prof. dr. S. Van Crombrugge. Hierin gaat de auteur na in welke mate de waarderingsregels respectievelijk de afsluitdatum van een boekjaar om fiscale redenen kunnen worden gewijzigd.

Dit boek geeft een zeer degelijk en interdisciplinair overzicht van de problematiek. Het is bovendien vlot en naar de praktijk toe geschreven. Het is dan ook te hopen dat de talrijke standpunten die de auteurs innemen hun weg zullen vinden naar de fiscale rechtspraktijk.

P. Cauwenbergh

C.P.M. CLEIREN en J.F. NIJBOER (red.), **Strafvordering. Tekst & Commentaar**, Deventer, Kluwer, 1997 (tweede druk), XXIII + 2212 pp.

Deze gezonde klepper over het Nederlandse strafprocesrecht is nog iets dikker dan de zusteruitgave die het strafrecht behandelt (zie de bespreking, *R.W.*, 1997-98, 237). Samen vormen ze een eenige tweeling waar de Belgische strafrechtspracticus – en de Belgische jurist in het algemeen – slechts om kan watertanden. De korte en krachtige subtitel geeft perfect weer waar het om gaat; de wetteksten en de commentaar erop. Diverse medewerkers van verscheidene universiteiten en meerdere praktijkjuristen werkten eraan mee.

Bijna twee derde van het werk is gewijd aan het Wetboek van Strafvordering, dat artikel per artikel wordt besproken. De onderscheiden hoofdstukken worden bovendien voorafgegaan door algemene besprekingen, die de desbetreffende artikelen in een ruimere context situeren. Tevens werd de tekst van het wetsvoorstel 24 692 m.b.t. de herziening van het onderzoek ter terechtzitting opgenomen (cf. pp. 593-671; transponeringstabel op p. 542 en op p. 2071).

Voorts bevat het boek niet minder dan achteenvijftig «bijlagen», waarin verscheidene niet-gecodificeerde teksten werden opgenomen en waar nodig becommentarieerd.

De *bijlagen* zijn over zes delen gegroepeerd, achtereenvolgens «institutioneel kader», «mensenrechten», «dwangmiddelen / onderzoeksmethoden», «verdediging», «internationale rechtshulp en samenwerking» en «diversen». Onder de noemer «internationale rechtshulp en samenwerking» zijn relatief veel teksten opgenomen, wat het steeds groter wordende belang van de internationale strafprocesrechtelijke samenwerking weerspiegelt. Vermeldenswaard is tevens de aandacht die aan de mensenrechten en de fundamentele vrijheden wordt besteed; zo worden de artikelen 5, 6, 7, 8 en 25 van het E.V.R.M. van een gedegen commentaar voorzien.

Analooq met het «Wetboek Strafrecht», is een uitgebreid trefwoordenregister opgenomen.

Zoals we reeds suggereerden kunnen we in België niet onmiddellijk een pendant vinden die de toets met het besproken werk kan doorstaan. Ongetwijfeld kunnen we een en ander ter verontschuldiging aanvoeren: er zijn meer Nederlanders dan Belgen – om het karwei op te knappen enerzijds en om het eindresultaat aan te kopen anderzijds – en alsof dat nog niet genoeg is, worden we nog geconfronteerd met een reusachtig taalprobleem, dat ook de juridische wereld (meer en meer) in twee werelden splitst. Voorwaar geen ideale uitgangspositie voor een bloeiende rechtswetenschap.

Anderzijds verhullen dergelijke bedenkingen vaak minder gerechtvaardigde uitvluchten. We kunnen immers toch niet klagen over een gebrek aan universitaire instellingen, noch over een gebrek aan een florissante uitgeverwereld. De pertinente jeremiade van P. Arnou indachtig («Enige bedenkingen bij een hommage», *T.B.R.*, 1995, 4-9), kunnen we dan ook slechts hopen dat ooit ook wel eens door onze gewesten een gunstige wind zal waaien (vgl. van

Gerven, W., «Pleidooi voor een terughoudende rechtsleer», *T.P.R.*, 1994, 761-762). Een kijkje boven onze noordergrens kan daarbij allicht wat helpen.

Steven Van Overbeke

J. HERBOTS en Y. MERCHERS (red.), m.m.v. M. DAMBRE en F. DEGROOTE, *Woninghuur na de wet van 13 april 1997*, Brugge, Die Keure, 1997, 317 pp.

Dit boek is de eerste degelijke commentaar op de zogenaamde «woninghuurwet», ingevoerd door de wet van 10 februari 1991 en grondig gewijzigd door de wet van 13 april 1997 (*B.S.*, 21 mei 1997). Het boek verschijnt naar aanleiding van een studiedag, die plaats had nog voor de definitieve goedkeuring van de wijzigingswet. Uiteraard is de tekst wel volledig up to date.

De wijziging van de woninghuurwet was reeds lang in het vooruitzicht gesteld. De aanpassingen zijn gedeeltelijk geïnspireerd op het naar onze mening toch wat povere en bescheiden rapport van de zogenaamde «Evaluatiecommissie», de Bijzondere Commissie belast met de evaluatie van de gevolgen van de woninghuurwet, ingesteld in 1994. Er was wel een schoonheidsfoutje nodig, een tijdelijke huurwet voor 1996, vooraleer de wetgevende werkzaamheden voor deze wijziging konden worden afgerond.

Vaak wordt de wet voorgesteld als een «reparatiewet», dit wil zeggen een wet die hier en daar vooral op het wetgevingstechnische vlak wat sleutelt. De wijzigingen gaan duidelijk veel verder: op een aantal punten, zoals de sanctie bij niet-naleving van de bepalingen over de staat van de woning, de regeling van de duur van de huurovereenkomsten, is duidelijk sprake van inhoudelijke aanpassingen.

De regelgevers, zowel op het gewestelijke, als op het federale niveau hebben in verband met de problematiek van huur en huisvesting de laatste tijd niet stilgezeten. Er is het zogenaamde Vlaamse kamerdecreet van 4 februari 1997 over de kwaliteitsnormen voor kamers en studentenkamers. Van groot belang is tevens het decreet van 15 juli 1997 houdende de Vlaamse Wooncode. We vermelden dat intussen tevens het koninklijk besluit ter uitvoering van artikel 2 van de woninghuurwet met een overzicht van de elementaire vereisten van veiligheid, gezondheid en woonbaarheid op 8 juli 1997 is goedgekeurd. Deze materie kon dan ook niet door het boek worden behandeld.

Na een algemene inleiding (de auteur is Y. Merchiers), komen algemeneheden aan bod (het toepassingsgebied, het dwingend karakter en het toepasselijke recht; van de hand van J. Herbots). De levering in goede staat en het renovatiecontract is eveneens geschreven door J. Herbots. Veel aandacht gaat uiteraard naar de bepalingen omtrent de duur, de opzegging, de beëindiging en de verlenging van de huurovereenkomst (auteurs zijn Y. Merchiers en M. Dambre). De financiële aspecten worden gebundeld in een hoofdstuk over de huurwaarborg (van de hand van Y. Merchiers). De materie van de overdracht van huur en de onderhuur wordt behandeld door E. Degroote en C. Pauwels, terwijl de overdracht van het verhuurde goed en de tegenwerpbaarheid aan derden door D. Meulemans en J. Herbots worden beschreven. De bijlagen bevatten de gecoördineerde tekst van de woninghuurwet en een uitgebreide bibliografie.

De bijdragen bestrijken de gehele woninghuurwet, zoals deze thans geldt. Het gaat dus niet enkel om een bespreking van de wijzigingen. In die zin is het een uitstekende updating van het in 1991 van dezelfde editors verschenen monografie. Toch lijken op sommige plaatsen de «oude» en de «nieuwe» stukken aan elkaar gekleefd. Het boek beperkt zich bovendien tot de bespreking van de woninghuurwet in de strikte betekenis. Op de genoemde ontwikkelingen in het woonrecht in het algemeen wordt naar onze mening iets te weinig ingegaan. Maar dat was duidelijk niet de bedoeling. Overigens is dit een zeer degelijke en betrouwbare monografie.

Bernard Hubeau

A.-Ch. VAN GYSEL en N. MASSAGER, *Actualité du droit du divorce: Les Conférences du Centre de droit privé*, Brussel, Bruylant, 1996, 165 pp.

In dit verslagboek komen enkele interessante aspecten aan bod van zowel de echtscheiding op grond van bepaalde feiten, als de echtscheiding door onderlinge toestemming en de echtscheiding op

grond van vijf jaar feitelijke scheiding, die de rechtspracticus zeker van pas zullen komen. Dat is in de eerste plaats het geval voor de bijdrage «Divorce et capacité» van de hand van Alain-Charles Van Gysel. De auteur bespreekt op een exhaustieve manier de tot op heden in de rechtsleer weinig behandelde problematiek van de bekwaamheid in het echtscheidingsrecht. Hierbij wordt zowel aandacht geschonken aan de bekwaamheid van de echtgenoten om in rechte op te treden – waarbij de auteur een innoverende stelling inneemt – als aan de toerekenbaarheid van de echtscheidingsgrond. De auteur heeft verder oog voor de verschillende beschermingsstatuten waaronder de echtgenoten eventueel kunnen vallen, en betreft bij deze bespreking alle echtscheidingsvormen.

In zijn tweede bijdrage («Un an d'application de la réforme de la procédure du divorce par consentement mutuel: les pratiques et les faillies subsidantes»), onderwerpt de auteur de toepassing van de wet van 30 juni 1994 aan een kritische blik. Deze kritische beschouwing wordt vooral geïnspireerd vanuit de praktijk – zo onder meer de vaststelling dat in de verschillende arrondissementen de procedure anders wordt toegepast – zonder echter de juridische aspecten te verwaarlozen.

De juridische complicaties die echtscheiding op grond van vijf jaar feitelijke scheiding met zich meebrengt, worden al te vaak miskend en geminimaliseerd. Het is dan ook de verdienste van Nathalie Massager («Le divorce pour cause de séparation de fait de cinq ans») dat zij deze problemen op een overzichtelijke en uitgebreide manier behandelt. De auteur heeft hierbij zowel oog voor de inhoudelijke toepassingsvoorwaarden – onder meer het in de rechtspraak fel besproken twistpunt of de scheiding die het gevolg is van een procedure van scheiding van tafel en bed kan worden gelijkgesteld met het begrip feitelijke scheiding van art. 232 B.W. –, als voor procedurele aspecten. Het tweede deel van de bijdrage handelt over de gevolgen van de echtscheiding op grond van vijf jaar feitelijke scheiding, waarbij ruime aandacht wordt geschonken aan het begrip van (de omkering van) het schuldvermoeden.

Geresumeerd kan worden besloten dat, gezien de gekozen onderwerpen en de kwaliteit van de bijdragen, het werk zeker aan te bevelen is.

Febian Aps

J.A.F. PETERS, *Publiekrechtelijke rechtspersonen*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, 215 pp.

Met deze beknopte studie, die voornamelijk betrekking heeft op de problematiek van het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan overheidsinstanties, promoveerde de auteur begin 1997 aan de Katholieke Universiteit Brabant.

Publiekrechtelijke rechtspersonen is de verzamelterm die wordt gebruikt voor de overheidslichamen en -instanties, die blijkens artikel 2:1 BW in het privaatrecht als rechtspersoon gelden, maar waarvan de inrichting en het functioneren worden beheerst door staats- en bestuursrechtelijke regels.

In het eerste lid van artikel 2:1 BW worden de Staat, provincies, gemeentes en waterschappen genoemd als rechtspersonen. Hun rechtspersoonlijkheid is dan ook nauwelijks problematisch. Anders wordt dit bij de lichamen waaraan – zoals artikel 2:1, eerste lid, BW het uitdrukt – 'krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend'. Hier ontbreekt een inhoudelijk verband met rechtspersoonlijkheid.

Het tweede lid van artikel 2:1 vermeldt dat «andere lichamen, waaraan een deel van de overheidstaak is opgedragen» rechtspersoonlijkheid bezitten indien dit «uit het bij wet of krachtens de wet bepaalde volgt». Uit het onderzoek blijkt dat deze open formuleringen weinig houvast bieden.

Peters stelt voor artikel 2:1 zodanig te herformuleren dat openbare lichamen of zelfstandige onderdelen daarvan en zelfstandige bestuursorganen slechts dan rechtspersoonlijkheid bezitten indien dit bij wet is bepaald. Dit voorstel leidt ertoe dat de wetgever wordt gedwongen zich van geval tot geval te vergewissen of rechtspersoonlijkheid van een deel van de overheidsorganisatie noodzakelijk en gewenst is. Voordeel hiervan is volgens de auteur dat de wetgever bewust, gemotiveerd en controleerbaar een keuze moet maken en daartoe criteria moet ontwikkelen.

Over de raakvlakken tussen publiek en privaatrecht is reeds veel verschenen, maar niet over het begrip 'publiekrechtelijke rechtspersonen'. In die zin vult het boek een lacune op.

I.O.

Vijftalig woordenboek voor de internationale handel Engels - Duits - Frans - Spaans - Nederlands

D.C. van Hoof e.a.

ISBN 90-5095-012-4 - 1.488 blz. - BEF 3.950, gebonden in linnen band

Tweede herwerkte druk

Dit woordenboek is opgevat en bedoeld voor praktijkmensen die geregeld (handels-) technische documenten dienen op te stellen in en/of te vertalen uit en naar het Engels, Duits, Frans, Spaans of Nederlands.

Ruim 25.000 basistermen en -uitdrukkingen werden geselecteerd op grond van een diepgaande studie van de belangrijkste internationaal aanvaarde en gebruikte bronnen zoals algemeen erkende handelstermen (zoals bv. Incoterms), basisdocumenten (belangrijke verdragen, overeenkomsten, akkoorden, protocols, modelwetten, uniforme praktijkregels, ...), relevante juridische begrippen, enz. De volgende lexicale gebieden kregen bijzondere aandacht: koop van goederen, douane, vervoer, financiering, verzekering, boekhouding, bescherming van industriële eigendom, beslechting van geschillen, overdracht van technologie, tussenpersonen in de handel, enz.

INTERSENTIA RECHTSWETENSCHAPPEN

Churchilllaan 108, 2900 Schoten (Antwerpen) - Tel.: 03/680.15.50 - Fax: 03/658.71.21

RECHTSPRAAK VENNOOTSCHAPSRECHT

E. Wymeersch en J. Cerfontaine

ISBN 90-5095-018-3 - 515 blz. - BEF 1.950 - Reeks: basisjurisprudentie

Deze publicatie bevat de belangrijkste arresten van het Hof van Cassatie inzake vennootschappen. Het geeft een overzicht van de toepassingen die het Hof heeft gemaakt van de diverse bepalingen van de vennootschapswet. In een aantal materies waarin het Hof nog niet heeft gestatueerd, werden ook beslissingen van feitenrechters opgenomen.

De beslissingen worden geklasseerd volgens de artikelen van de vennootschapswet, zodat zij gemakkelijk in voetnoot tot uw wetgevingsverzameling worden geplaatst. De bundel is dan ook een onmisbaar complement op de bestaande wettenverzamelingen, aangezien het de arresten opneemt niet alleen in uittreksel, maar in volledige tekst, de cassatiemiddelen inclusief.

Teneinde de toegankelijkheid te bevorderen werden uitvoerige registers opgenomen waarin verwezen wordt zowel naar het artikel waarvan het arrest een toepassing uitmaakt, als naar het trefwoord dat het arrest helpt situeren. Ook werd elk arrest voorzien van een identificatienaam. Het geheel is een nuttig werkinstrument, onmisbaar zowel voor de practicus van het vennootschapsrecht als voor de studie ervan in het algemeen.

INTERSENTIA UITGEVERS N.V. Antwerpen - Groningen

Churchilllaan 108, 2900 Schoten - Tel.: 03/680.15.50 - Fax: 03/658.71.21



met deze gratis

VOORDEEL KAART

*voor jonge advocaten
wint u alvast het eerste pleit !*

Staat u aan het begin van een veelbelovende carrière? Heeft u net uw stage achter de rug en bent u onlangs ingeschreven aan de balie als tableau-advocaat? Dan hebben wij schitterend nieuws voor u.

Om uw carrière een duwtje in de rug te geven, creëerde Kluwer Rechtswetenschappen België de unieke Voordeelkaart, waarmee u tot twee jaar na uw definitieve inschrijving aan de balie kan profiteren van een heleboel interessante voordelen.

Eerst en vooral krijgt de houder van de Voordeelkaart maar liefst 20% extra korting op alle uitgaven en aanvullingen van Kluwer Rechtswetenschappen België. Da's mooi meegenomen, temeer daar starters dikwijls extra moeten investeren in wetboeken, juridische tijdschriften, vakliteratuur en allerlei installatiemateriaal.

Maar er is meer. Omdat Kluwer Rechtswetenschappen België goed op de hoogte is van de specifieke behoeften van startende advocaten, krijgt u op regelmatige basis informatie toegestuurd over speciale acties, nieuwe uitgaven of interessante seminars.

Betrouwbare bronnen en accurate informatie zijn essentieel voor elke advocatenpraktijk. Fax daarom de onderstaande coupon zo snel mogelijk ingevuld terug, en u kan van bij de start van uw Voordeelkaart genieten. Goed begonnen is immers half gewonnen, en zo wint u alvast het eerste pleit.

Meer info ? Bel gratis : 0800 / 1 4500.

KLUWER
RECHTSWETENSCHAPPEN
BELGIË

*JA, stuur mij
zo snel mogelijk de
gratis voordeelkaart
voor de jonge
tableau-advocaat.*

☐ Dhr. ☐ Mevr.

Naam:

Voornaam:

Straat:

Nr.:

Gemeente:

Postcode:

Tel:

Fax:

Datum :

Datum van inschrijving als tableau-advocaat: / /19

(De kaart is geldig tot het einde van het 2e kalenderjaar na deze datum.)

Balie:

Faxen gaat snel en gemakkelijk. Ons faxnummer is 03 - 360 04 67.