

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

C. VERSCHUEREN, De wet van 24 november 1997 ertoe strekkende het geweld tussen partners tegen te gaan: een schoolvoorbeeld van hedendaagse wetgeving? 1059

Rechtspraak

Dwangsom – Hoofdelijke verbintenis – Opleggen van een dwangsom aan ieder der veroordeelde partijen
Benelux-Gerechtshof, 17 december 1998 (*met conclusie van advocaat-generaal J. du Jardin*) 1071

Gezinsbijslag – Wezenbijslag – Overlevende ouder – Huwelijk – Feitelijke scheiding – Afzonderlijke woonplaats – Gerechtelijke bekrachtiging
Cass., 19 januari 1998 1073

Wegverkeer – Parkeren – Blauwe zone – Beperking – Verhouding tussen art. 25 en 27 Wegverkeersreglement
Cass., 5 mei 1998 (*met noot van B. De Gryse, «Over parkeren in de blauwe zone»*) 1074

Echtscheiding – Overspel – 1. Begrip – Homoseksuele relaties – 2. Vaststelling – Toepassing van art. 1016bis Ger.W. – Verenigbaarheid met art. 8, eerste lid, E.V.R.M.
Cass., 17 december 1998 (*met noot van F. Aps, «Uitbreiding van het begrip overspel tot homoseksuele relaties: een gelukkige tussenkomst van het Hof van Cassatie»*) 1075

1. Arbeidsovereenkomst – Vrij onderwijs – Voorrang tijdelijke aanstelling – Voorwaarde – Aanvraag – Decreet – Vormvereiste op straffe van nietigheid – Afwijking in het voordeel van personeelslid – Duidelijke en ondubbelzinnig tekst vereist – **2. Grondwet** – Gelijkheid en niet-discriminatie – Private rechtsverhoudingen
Arbh. Antwerpen, 17 november 1997 1078

Beslag en executie – Beslag op roerende goederen – Verkoop in der minne – Weigering schuldeiser – Ontoereikendheid voorstellen – Bewijslast – Schadevergoeding
Rb. Gent, 17 november 1998 1080

Pand – Handelszaak – 'Sale lease back'-operatie – Conflict pandhouder – Onderzoeksplicht van de leasingmaatschappij – Derde-medeplichtigheid – Schadevergoeding
Kh. Mechelen, 18 december 1997 (*met noot*) 1081

Gerechtelijk akkoord – Voorwaarden – Tijdelijke schulden niet kunnen voldoen – Voorgestelde termijn afbetalingsplan – Reeds gelegde beslagen – Staat van Faillissement
Kh. Hasselt, 26 februari 1998 1082

Mede-eigendom – Appartementsmede-eigendom – Wijziging verdeling gemeenschappelijke lasten
Vred. Gent, 29 december 1997 1083

Europese rechtspraak in kort bestek

Vrij verkeer van goederen – Landbouwproducten – Belemmering ten gevolge van acties van particulieren – Verplichtingen van lidstaten – Gedoogbeleid – Verbod eigenrichting – Schadeloosstelling bij belemmering goederen – Vervoer
H.v.J., 9 december 1997 (*door W. Rauws*) 1084

Gelijke behandeling van mannen en vrouwen – Reisfaciliteiten – Partners van hetzelfde geslacht
H.v.J., 17 februari 1998 (*door P. Humblet*) 1085

Vrij verkeer van goederen – Art. 30 en 36 EG-Verdrag – Vergoeding voor andere lidstaten gemaakte ziektekosten – Voorafgaande toestemming van bevoegd orgaan
H.v.J., 28 april 1998 (*door W. Rauws*) 1086

Gelijke behandeling van mannen en vrouwen – Zwangerschapsverlof – Arbeidsvoorwaarden – Promotiekansen
H.v.J., 30 april 1998 (*door P. Humblet*) 1086

Gelijke behandeling van mannen en vrouwen – Indirecte discriminatie – Ambtenaar – Deeltijdbetrekking – Tweelingbaan – Salarisverhoging bepaald op basis van werkelijke arbeidstijd
H.v.J., 17 juni 1998 (*door P. Humblet*) 1086

Gelijke behandeling van mannen en vrouwen – Referenties i.v.m. de ontslagen werknemer
H.v.J., 22 september 1998 (*door P. Humblet*) 1086

Boeken

G. Van Overwalle (ed.), Octrooirecht, ethiek en biotechnologie (*door H. Vanhees*) 1087

H.J. De Vries en P.J.J. Van Buuren, De betekenis van de Algemene wet bestuursrecht voor het ruimtelijk bestuursrecht (*door A. Carette*) 1087

P. Vermeeren en P. Hancké, Pensioenfondsen (*door W. Rauws*) 1088

D. Heremans en H. Cousy (eds.), Essays in law and economics III: Financial markets and insurance (*door M. Tison*) 1088

J. Meeusen, Nationalisme en internationalisme in het internationaal privaatrecht (*door H. Van Houtte*) 1089

X. Dijon, Droit naturel, Tome 1, Les questions du droit (*door F. Van Neste*) 1098

E.S. Van De Graaf, Patent Law and Modern Biotechnology (*door G. Van Overwalle*) 1090

Flora A.N.J. Goudappel, Powers and Control Mechanisms in European Federal Systems (*door J. Theunis*) 1090

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931.

Hoofdredacteurs: René Victor (1931-1984), Edgar Boonen (1984-1993), Camiel Caenepeel (1993-1998)

VERSCHIJNT IEDERE WEEK VAN SEPTEMBER TOT JUNI

Redactie: A. Van Oevelen (hoofdredacteur),
E. Dirix, J. Laenens, J.R. Rauws,
M. van Damme, 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
M. Gelders
P. Humblet
W. Lambrechts
R. Leysen
J. Meeusen
H. Nys
I. Opdebeek
W. Pintens
W. Rauws
D. Simoens
G. Suetens-Bourgeois
S. Van Overbeke
J. Wouters

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

Voor één van onze klanten, een gerenommeerd
bedrijfsrevisorenkantoor, zijn wij op zoek naar een (m/v)

Fiscalist

voor de functie van

Tax Consultant

Uw opdracht bestaat uit het leveren van gespecialiseerd
advies en bijstand inzake fiscale problemen, in het bijzonder
betreffende vennootschapsfiscaliteit en BTW-wetgeving.

Dit houdt in dat u verantwoordelijk bent voor het assisteren
van zowel middelgrote als grote ondernemingen, alsook hun
managers en werknemers bij het vervullen van hun juridische
en fiscale verplichtingen.

U beschikt over : • een combinatie van juridische en fiscale
kennis, gesteund op een juridisch diploma; • voldoende
aanpassingsvermogen om uw kennis van zowel fiscale als
juridische materie op een snelle en efficiënte wijze binnen
verschillende sectoren en disciplines in praktijk te kunnen
brengen; • een aantal jaren ervaring binnen een gelijkaardige
of aanverwante functie.

Onze klant biedt : • een aantrekkelijk en motiverend
salarispakage; • een constructieve en sterk groeiende
werkomgeving; • reële doorgroei mogelijkheden.

Interesse ? Stuur dan snel uw kandidatuur naar
Rubin Consultants nv,
ter attentie van Inge Andriessens
Woluwelaan 128, 1831 Diegem.
Alle kandidaturen worden strikt
vertrouwelijk behandeld.

Rubin
CONSULTANTS

Member of AEON Group

ADVOCATENKANTOOR TE BRUGGE

zoekt voor onmiddellijke vervoeging van ons team
van drie advocatenvennoten en zeven medewerkers:

MEDEWERKER-JURIST (M/V)

Profiel:

- ervaring vereist
- bij voorkeur drietalig: Nederlands, Frans, Engels

Geïnteresseerden kunnen contact opnemen op het tele-
foonnummer 050/32.07.07 tijdens de kantooruren of hun CV
richten op E-mail adres vanelslander&ronse@unicall.be

DE WET VAN 24 NOVEMBER 1997 ERTOE STREKKENDE HET GEWELD TUSSEN PARTNERS TEGEN TE GAAN ¹: EEN SCHOOLVOORBEELD VAN HEDENDAAGSE WETGEVING?

1. «Echtgenoten zijn elkaar getrouwheid, hulp en bijstand verschuldigd» (artikel 213 B.W.). Onder bijstand wordt de plicht verstaan tot het betonen van eerbied en affectie voor de andere echtgenoot, tot het doen van alles wat mogelijk is voor diens welzijn. ²

Wanneer men echter de kranten leest en de verhalen van slachtoffers en hulpverleners hoort, blijkt dat niet iedereen het zo nauw neemt met deze plichten.

2. Hoewel geweld binnen het huwelijk een probleem van alle tijden is, komt het de laatste jaren pas echt in de publieke belangstelling, mede dankzij de emancipatie van de vrouw. De krantenartikels over geweld van de man tegen zijn echtgenote, dat uiteindelijk geleid heeft tot de dood van de vrouw, en soms ook van de kinderen, zullen velen met afschuw vervullen.

3. Geweld binnen een relatie is een misdrijf met een hoge graad van recidive. Personen die tijdens hun jeugd in het gezin te maken hadden met echtelijk geweld, komen vaak ook als volwassene, als dader of als slachtoffer, met het fenomeen in aanraking. ³

4. De bedoeling van de indieners van het wetsvoorstel dat voornamelijk aan de basis lag van de wet van 24 november 1997, ⁴ was dan ook duidelijk maken dat de maatschappij geweld tussen partners afkeurt. De wet heeft vooral een symbolische waarde. De juridische wijzigingen zijn op het eerste gezicht eerder beperkt. De situatie zal pas werkelijk kunnen veranderen indien er een mentaliteitswijziging komt. ⁵

De wet van 24 november 1997 poogt het geweld tussen partners tegen te gaan door enerzijds de straf voor de feiten te verhogen en anderzijds een aantal strafprocesrechtelijke wijzigingen aan te brengen.

5. In de media en ook bij bepaalde senatoren ⁶ heerste de misvatting dat vóór de wet van 24 november 1997 geweld tussen echtgenoten of partners niet strafbaar was.

Nochtans waren opzettelijke slagen en verwondingen toegebracht aan de echtgenoot of partner reeds strafbaar overeenkomstig art. 398 e.v. Sw. ⁷ Het probleem bestond er echter in dat, om tal van redenen, deze feiten zelden leidden tot een effectieve bestraffing. De wetgeving bood al heel wat mogelijkheden om tegen echtelijk geweld op te treden, maar deze werden onvoldoende aangewend. ⁸

6. Veel gevallen van geweld binnen het gezin blijven verborgen, omdat de slachtoffers er niet mee naar buiten durven komen. Vaak zijn zij beschaamd, denken ze dat ze zelf schuld hebben en zijn ze bang voor represailles van hun partner wanneer zij klacht zouden indienen of de politie zouden bellen.

Personen die door hun echtgenoot worden geslagen, meestal vrouwen, zijn vaak emotioneel en/of financieel erg afhankelijk van hun partner, wat tot gevolg heeft dat deze vrouwen na de feiten dikwijls teruggaan naar de partner en dit ook keer op keer blijven doen. De betrokken partners «verzoenen» zich telkens weer.

Daardoor valt ook te verklaren dat buitenstaanders (vrienden, burens, familie, de politie) zich liever afzijdig houden. Men beweert dat de politie in gebreke blijft om op te treden en dat zij slechts wil tussenkomen in zeer ernstige gevallen. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd soms nogal scherp uitgehaald naar politie en parket, aan wie werd verweten niet genoeg ijver aan de dag te leggen inzake partnergeweld. ⁹ Gevallen van geweld binnen het gezin zouden door de politiemensen worden verwaarloosd. Het is een privé-aangelegenheid wanneer zij zich niet zouden willen bemoeien.

⁶ Onder andere de indieners van het wetsvoorstel, zoals blijkt uit de toelichting (*Parl. St. Senaat*, 1995-96, nr. 269/1: «*Toch stelt ons Strafwetboek misdaden en wanbedrijven gepleegd tussen echtgenoten niet strafbaar. ... Het doel van dit wetsvoorstel is dus het strafbaar stellen van geweld tussen echtgenoten...*») en de sprekers van de Coördination des groupes contre les violences faites aux femmes (*Parl. St. Kamer*, 1996-97, nr. 949/5: «*Het ontbreken van wetten ter bestraffing van geweldpleging binnen de echtelijke woning moedigt de dader aan en wekt schuldgevoelens bij het slachtoffer, dat geneigd is te denken dat zij verantwoordelijk is voor wat haar overkomt*»).

⁷ De minister van Justitie verklaarde terecht: «*In tegenstelling met wat herhaaldelijk werd beweerd, kan geweld tegen een echtgenoot of partner op passende wijze worden bestraft op basis van de vigerende bepalingen van het Strafwetboek (die feiten zijn op geen enkele manier verschoonbaar)*» (Inleiding van de minister van Justitie bij het Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl. St. Kamer*, 1996-97, 949/5).

⁸ *Parl. St. Senaat*, 1995-96, nr. 269/2.

⁹ Algemene bespreking in de Commissie voor de Justitie, *Parl. St. Kamer*, 1996-97, nr. 949/5.

¹ B.S., 6 februari 1998. M.b.t. het opschrift van de wet zelf werden verscheidene voorstellen gedaan: wetsvoorstel «om het echtelijk geweld aan banden te leggen» (oorspronkelijk voorstel): wetsvoorstel strekkende om het geweld tussen partners aan banden te leggen, «wetsvoorstel» om het echtelijk geweld en het geweld binnen het gezin aan banden te leggen; «wetsontwerp» strekkende om het geweld tegen te gaan tussen gehuwde partners of tussen samenwonende partners van hetzelfde of een verschillend geslacht.

² PAUWELS, P., *Rechten en plichten van gehuwden*, Leuven, Acco, 1980, 116.

³ *Parl. St. Senaat*, 1995-96, nr. 269/2.

⁴ Voorstel van mevrouw Lizin c.s., *Parl. St. Senaat*, 1995-96, nr. 269/1.

⁵ *Parl. St. Senaat*, 1996-96, nr. 269.2.

Er worden dan ook weinig processen-verbaal in deze zaken opgesteld. Wanneer er wel wordt geverbaliseerd, wordt nog vaak geseponereerd. Dikwijls zal een vrouw, slachtoffer, zelf vragen om de zaak te seponeren, omdat zij het opnieuw met haar man wil proberen of omdat hij haar onder druk zet en zij vreest voor haar leven of dat van hun kinderen of omdat ze niet wil dat haar man een strafblad met zich meedraagt e.d.m. Soms zal het harde bewijs van de feiten ontbreken. Het geweld gebeurt meestal in huis, waar niemand het kan zien. Het is uiteindelijk het woord van het slachtoffer tegen het woord van de vermoedelijke dader.

Al deze zaken hebben tot gevolg dat geweld binnen het huwelijk of binnen een relatie tussen volwassen mensen zelden effectief wordt gestraft.

7. Deze vaststelling en het feit dat België op de vierde Wereldvrouwenconferentie van Peking zich ertoe verbond elke vorm van geweldpleging tegen en discriminatie van vrouwen te voorkomen en uit te bannen, heeft geleid tot het indienen van het wetsvoorstel ertoe strekkende het echtelijk geweld aan banden te leggen.¹⁰

I. DE BESTRAFFING (ART. 2 VAN DE WET)

8. Art. 2 van de wet bepaalt: «Artikel 410 van het Strafwetboek, gewijzigd bij de wetten van 15 mei 1912 en 31 maart 1987, wordt aangevuld met het volgende lid: «Hetzelfde geldt ook ingeval de schuldige de misdaad of het wanbedrijf heeft gepleegd tegen zijn echtgenoot of de persoon met wie hij samenleeft of samengeleefd heeft en een duurzame affectieve en seksuele relatie heeft of gehad heeft»».

9. Terwijl opzettelijke slagen en verwondingen¹¹ tegen de partner werden bestraft overeenkomstig art. 398-405 Sw., worden zij ingevolge de nieuwe wet gestraft krachtens art. 410 Sw. Dit heeft slechts tot gevolg dat de minimumstraffen verhogen als volgt: de minimum correctionele gevangenisstraf wordt verdubbeld en de minimumstraf wordt verhoogd met twee jaar indien het opsluiting, tijdelijke hechtenis of dwangarbeid betreft.¹²

10. Art. 410 Sw. voorzagt reeds in de verhoging van de minimumstraf voor geweld gepleegd door een persoon tegen zijn ouders en (andere) bloedverwanten in opgaande lijn (art. 410, eerste lid, Sw.) en voor geweld gepleegd op een persoon beneden de zestien jaar of een persoon die uit hoofde van zijn lichaams- of geestestoestand niet bij machte is om in zijn onderhoud te voorzien, door zijn ouders of door enig ander persoon die gezag heeft over dit slachtoffer of die het onder zijn bewaring heeft (art. 410, tweede lid, Sw.).

Door de wet ertoe strekkende het geweld tussen partners tegen te gaan, wordt deze regeling ook van toepassing op fei-

ten gepleegd tegen de «partner». Dit betekent dat het feit dat de dader de partner is (of was) van het slachtoffer, een verzwarende omstandigheid vormt. Het betreft een subjectieve of persoonlijke verzwarende omstandigheid. Aangezien enkel de minimumstraffen worden verhoogd, behoudt het misdrijf zijn aard van wanbedrijf of misdaad.¹³

11. Tegenstanders van de zwaardere bestraffing voerden onder meer aan dat de descendenten, de ascendenten en de «onbekwamen», die worden bedoeld in art. 410 Sw., afhankelijk zijn van de dader en dat dit de reden is waarom het geweld van de dader tegen deze personen zwaarder dient te worden gestraft. Bij echtgenoten of «partners» zou dit anders zijn.¹⁴

Daarop werd door de voorstanders van de wet echter terecht geantwoord dat de personen die slachtoffer zijn van geweld gepleegd door hun partner (meestal vrouwen), eveneens afhankelijk zijn van de dader. Dit kan zowel emotioneel als financieel zijn.¹⁵

Het werd maatschappelijke en juridisch verantwoord geacht om partnergeweld gelijk te stellen met geweld in een relatie tot ouders, grootouders, kinderen en kleinkinderen, wat betreft het gewicht van de strafmaat. Partnergeweld betreft immers geweld in een duurzame, affectieve en intieme relatie tussen twee mensen die de plicht hebben tot verantwoordelijkheid, respect en genegenheid voor elkaar, en die zich ook in een bijzonder kwetsbare situatie tot elkaar bevinden.¹⁶

12. De mogelijke nadelige gevolgen van een strengere bejegening werden eveneens tijdens de parlementaire voorbereiding besproken: het openbaar ministerie zal misschien gemakkelijker beslissen tot seponering;¹⁷ slachtoffers zijn niet geholpen door een harde strafrechtelijke aanpak, zij willen een einde maken aan het geweld, maar niet noodzakelijk aan de relatie.¹⁸ Men stelde voor dat er een grondig gesprek zou plaatsvinden tussen het parlement en de vertegenwoordigers van het parket en dat er zou worden gepeild naar de mogelijkheden inzake strafbemiddeling.¹⁹

Men zag in dat het probleem dat weinig gevallen van partnergeweld leiden tot vervolging, niet zal worden opgelost door een zwaardere bestraffing indien dit niet gepaard gaat met een wijziging in het vervolgingsbeleid.²⁰

¹⁰ O.a. ingediend door mevrouw Lizin; er werden ook reeds andere initiatieven inzake geweld tegen vrouwen opgenomen: *Hand. Kamer*, 8 juli 1997, 6390.

¹¹ en het opzettelijk toedienen van stoffen, misdrijf dat strafbaar gesteld wordt door de art. 402 tot 405 Sw.; infra

¹² Art. 410, eerste lid en 266 Sw. Ingevolge de wet tot afschaffing van de doodstraf en tot wijziging van de criminele straffen van 10 juli 1996, *B.S.*, 1 augustus 1996, p. 20.598, wordt opsluiting vervangen door opsluiting van vijf tot tien jaar, tijdelijke hechtenis door hechtenis van vijf tot tien jaar, van tien tot vijftien jaar of van vijftien tot twintig jaar en dwangarbeid door opsluiting van tien tot vijftien jaar of van vijftien tot twintig jaar.

¹³ Voor de invloed van een subjectieve verzwarende omstandigheid waarbij de minimumstraffen worden verhoogd, op de poging en de deelneming, zie onder meer: DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *Handboek Belgisch strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, 442-445; DUPONT, L., *Beginselen van strafrecht*, Leuven, Acco, II, 1995, 275-276.

¹⁴ Algemene bespreking, *Parl. St. Kamer*, 1996-97, 949/5.

¹⁵ Zij houden van hun partner, ze hebben geen eigen persoonlijkheid meer, hun leven staat volledig in het teken van hun partner, zijn zijn vrijwillig of gedwongen «vrouw aan de haard» en dus financieel volledig afhankelijk van hun man, ...

¹⁶ *Hand. Senaat*, 27 februari 1997, 2530 (opmerking van mevrouw De Bethune).

¹⁷ *Hand. Kamer*, 1996-97, 8 juli 1997, 6387.

¹⁸ Het opleggen van een straf zou het einde van de relatie kunnen betekenen, wat niet altijd door het slachtoffer wordt gewenst. (*Parl. St. Senaat*, 1995-96, nr. 269/2).

¹⁹ De dader zou via begeleiding kunnen worden gedwongen zich over de relatie te bezinnen (*Parl. St. Senaat*, 1995-96, nr. 269/2).

²⁰ *Parl. St. Senaat*, 1995-96, nr. 269/2.

13. Op welke misdrijven is de strafverzwaring van art. 410, derde lid, Sw. van toepassing? Het moet gaan om «geweld» (art. 398-405 Sw., door de dader gepleegd tegen zijn «partner» of «ex-partner» (zijn echtgenoot of de persoon met wie hij samenleeft of samengeleefd heeft en een duurzame affectieve en seksuele relatie heeft of gehad heeft).

A. Het geweld

14. Met «geweld» worden alle handelingen van art. 398-405 Sw. bedoeld.²¹ Voor de toepassing en interpretatie van deze gevallen van geweld kan men terugvallen op de bestaande rechtspraak.

15. De wet beperkt zich tot de zwaardere bestraffing van fysiek geweld. Het adviescomité voor gelijke kansen voor vrouwen en mannen achtte het niet realistisch om ook vormen van psychisch geweld binnen een relatie in een wettelijke regeling te vatten, wegens de moeilijkheden inzake bewijsvoering.²²

B. De partner en de ex-partner

16. Het betreft het geweld gepleegd door de dader tegen zijn echtgenoot of de persoon met wie hij samenleeft of samengeleefd heeft en een duurzame affectieve en seksuele relatie heeft of gehad heeft.

17. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd meermaals gezegd dat geweld binnen een relatie vooral wordt gepleegd door de man jegens de vrouw. Toch wenste men mannen en vrouwen absoluut gelijk te behandelen en werd de wet dan ook in die zin opgesteld.²³ Gelet op de recente ontwikkelingen wenste men niet alleen gehuwde personen, maar ook samenwonende hetero- en homokoppels in de wet op te nemen.²⁴

18. Hoewel het de bedoeling was om volwassen partners te beschermen, wordt geen leeftijdsgrens gesteld. Van zodra men als partners samenleeft, valt men onder toepassing van de nieuwe wetgeving, ongeacht de leeftijd.²⁵

19. Aan de uiteindelijke definiëring van de «partner» als dusdanig en de toepasselijkheid van de wet op de «ex-partner» is een zeer lange discussie voorafgegaan. In het oorspronkelijke wetsvoorstel werden de termen «zijn echtge-

noot of de persoon die met hem samenwoont» gehanteerd.²⁶ Tijdens de besprekingen in de Senaat werd de tekst als volgt aangepast: «zijn echtgenoot of de persoon met wie hij als gehuwde samenleeft».²⁷ In de Kamer werd gekozen voor de formulering zoals ze thans in de wet staat.²⁸

1° Echtgenoot

20. Het begrip «zijn echtgenoot» is vrij duidelijk. Hier wordt blijkbaar bedoeld de persoon met wie de dader volgens de wet gehuwd is.

Het is niet vereist dat de echtgenoten nog samenleven of dat zij nog een affectieve en/of seksuele relatie hebben; het gehuwd zijn volstaat. Dus ook wanneer echtgenoten reeds jaren feitelijk gescheiden leven, blijft art. 410 Sw. van toepassing, zonder dat moet worden aangetoond dat dader en slachtoffer een duurzame seksuele en affectieve relatie hadden.

21. Wanneer dader en slachtoffer gehuwd zijn volgens de Belgische wetgeving, zal er geen probleem zijn. Wanneer zij volgens buitenlandse wetgeving gehuwd zijn, zal moeten worden nagegaan of dit huwelijk in België wordt erkend. Men kan zich ook afvragen of personen die louter religieus gehuwd zijn, eveneens als echtgenoten in de zin van deze wet zullen worden beschouwd.²⁹ Mijns inziens niet.

22. De ex-echtgenoot wordt niet als zodanig in de wet vermeld, maar zal normaal gezien onder de toepassing van de wet vallen omdat de ex-echtgenoot in principe de persoon is met wie men heeft samengeleefd en een duurzame affectieve en seksuele relatie heeft gehad. Nochtans zal het openbaar ministerie³⁰ dan moeten aantonen dat dader en slachtoffer een duurzame affectieve en seksuele relatie hadden. De wetgever had hier de bewijslast minder zwaar kunnen maken door ook de persoon met wie men gehuwd is geweest, uitdrukkelijk in artikel 2 van de wet op te nemen.

²⁶ Andere voorstellen waren: «partner of ex-partner» (van het adviescomité voor gelijke kansen voor vrouwen en mannen, *Parl. St. Senaat*, 1995-96, nr. 269/2, en amendement nr. 2 van mevrouw Maxims en mevrouw Delcourt-Pêtre, *Parl. St. Senaat*, 1996-97, nr. 269/3); «zijn echtgenoot of partner of enig persoon die gewoonlijk deel uitmaakt van het gezin» (amendement nr. 8 van mevrouw Milquet, *Parl. St. Senaat*, 1996-97, nr. 269/3); «of de persoon met wie hij samenleeft» (amendement nr. 12 van mevrouw Milquet en de heer Lallemand, *Parl. St. Senaat*, 1995-96, nr. 269/3); «de partner met wie hij samenwoont en seksuele of affectieve betrekkingen onderhoudt» (amendement nr. 13 van de heer Lallemand, *Parl. St. Senaat*, 1995-96, nr. 269/3); «personen die als gehuwden samenleven of samengeleefd hebben» (amendement nr. 15 van de heer Hoyat, *Parl. St. Senaat*, 1995-96, nr. 269/3).

²⁷ *Parl. St. Senaat*, 1996-97, 269/4, 269/5.

²⁸ Wetsontwerp strekkende om het geweld tussen partners tegen te gaan: tekst aangenomen door de Commissie voor de Justitie, *Parl. St. Kamer*, 1996-97, nr. 949/6. Tijdens de besprekingen in de Senaat werd dan opnieuw een amendement ingediend om de termen «met wie hij als gehuwde samenleeft» te behouden (amendement nr. 16 van de heer Desmedt, *Parl. St. Senaat*, 1997-98, nr. 269/8 werd niet aangenomen).

²⁹ Wanneer zij als echtgenoten worden beschouwd, dient het bewijs van het samenleven en de duurzame seksuele en affectieve relatie niet te worden geleverd. (zie *infra*).

³⁰ En eventueel het slachtoffer dat zich burgerlijke partij stelde.

²¹ Opzettelijke slagen en verwondingen, al dan niet met voorbedachte rade (art. 398 Sw.), al dan niet met een ziekte of tijdelijke arbeidsongeschiktheid (art. 399 Sw.) of een ongeneeslijke lijkende ziekte, blijvende arbeidsongeschiktheid, volledig verlies van het gebruik van een orgaan of zware verminking (art. 400 Sw.) of de dood tot gevolg (art. 401 Sw.); opzettelijk toedienen van stoffen met een ziekte of tijdelijke arbeidsongeschiktheid tot gevolg (art. 402 Sw.) of een ongeneeslijk lijkende ziekte, blijvende arbeidsongeschiktheid of volledig verlies van het gebruik van een orgaan (art. 403 Sw.) of de dood (Art. 404 Sw.) poging tot het opzettelijk toedienen van stoffen (art. 405 Sw.).

²² Verslag uitgebracht door mevrouw Delcourt-Pêtre, *Parl. St. Senaat*, 1995-96, nr. 269/2.

²³ *Parl. St. Senaat*, 1995-96, nr. 269.2.

Parl. St. Senaat, 1996-97, nr. 269/4. Daarom werd de term «personen die als gehuwden samenleven» niet aangenomen (advies van de Raad van State, *Parl. St. Kamer*, 1996-97, nr. 949/2).

²⁵ Verslag namens het adviescomité voor maatschappelijke emancipatie, *Parl. St. Kamer*, 1996-97, nr. 949/5.

23. Wanneer twee mensen huwen om zakelijke redenen ³¹ en zij geen affectieve en seksuele relatie hebben, dan vallen zij wel onder toepassing van art. 410 Sw. tijdens hun huwelijk, maar niet meer nadat hun huwelijk is beëindigd.

2° Personen met wie hij samenleeft of samengeleefd heeft en een duurzame affectieve en seksuele relatie heeft of gehad heeft

24. De omschrijving «*de persoon met wie hij samenleeft of samengeleefd heeft en een duurzame affectieve en seksuele relatie heeft of gehad heeft*» is minder duidelijk en doet tal van vragen rijzen. ³² De vermelde voorwaarden, namelijk het samenleven en de duurzame affectieve en seksuele relatie, zijn cumulatief.

a) Samenleven

25. Het is duidelijk dat het de bedoeling was dat de wet slechts van toepassing zou zijn op personen die effectief samenleven of samengeleefd hebben. Personen die officieel op hetzelfde adres wonen, maar in feite niet samenwonen, zouden dan niet «samenleven» in de zin van art. 410 Sw. ³³

De omgekeerde situatie, die zich allicht meer voordoet, namelijk dat twee personen samenwonen, maar één van hen officieel op een ander adres woont, valt wel onder de term «samenleven».

Personen die aan L.A.T.-relatie hebben ³⁴ zijn niet bedoeld door de wet. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd gesteld dat deze personen nog steeds de mogelijkheid hebben om zich in hun eigen woning terug te trekken. ³⁵ Deze redenering kan echter eveneens worden toegepast op ex-partners. Nochtans worden deze wel onder het toepassingsgebied van art. 410 Sw. gebracht.

b) Affectieve relatie

26. Affectief is volgens Van Dale's Groot Woordenboek der Nederlandse taal: «*tot het gevoel of gemoed sprekend; met gemoedsaandoening verbonden*». Een affectieve relatie kan vrij worden vertaald als een gevoelsrelatie.

Het bewijs leveren van het bestaan in het heden of in het verleden van een gevoelsrelatie, is niet vanzelfsprekend. Wellicht zal de rechtspraak genoeg nemen met bepaalde feitelijke gegevens uiterlijke tekenen als bewijs van de affectieve relatie. ³⁶

³¹ Louter zakelijke overeenkomst om financiële redenen of omdat één van beide partijen dan in België zou kunnen verblijven.

³² Verslag namen de Commissie voor de Justitie, *Parl. St. Senaat*, 1997-98, nr. 269/9.

³³ Nochtans werd tijdens de parlementaire besprekingen gezegd dat het samenwonen kan worden aangetoond door de gemeenschappelijke inschrijving in het bevolkingsregister (*Parl. St. Senaat*, 1996-97, nr. 269/4).

³⁴ «Living apart together»; dit kan om verscheidene redenen, maar doet zich bijvoorbeeld vaak voor wanneer beide partners kinderen uit een vorige relatie bij zich hebben.

³⁵ Algemene bespreking, *Parl. St. Senaat*, 1996-97, nr. 269/4.

³⁶ Het samen wonen, samen een kind hebben, gezamenlijke adreskaartjes hebben, elkaar cadeautjes geven met Valentijn, Kerstmis

c) Seksuele relatie

27. De voorwaarde dat dader en slachtoffer een seksuele relatie hebben of gehad hebben, lijkt op het eerste gezicht vrij duidelijk te zijn, maar is het niet. Wat moet worden verstaan onder «seksueel»?

Personen die samenleven, maar die beslist hebben om vóór het huwelijk geen «seks» in de enge zin van het woord, te hebben, maar die elkaar wel kussen en knuffelen. Hebben zij een seksuele relatie? Wanneer men naar de *ratio legis* van de nieuwe wet kijkt, is het duidelijk dat het wel de bedoeling was om geweld tussen zodanige personen onder art. 410 Sw. te brengen. Anderzijds moet men vaststellen dat de liefde tussen ouders en kinderen ook kan worden geuit in kussen en knuffelen, en dat in dat geval bezwaarlijk kan worden gesproken van een seksuele relatie. De toevoeging van de voorwaarde van het bestaan van een seksuele relatie werd juist behouden, omdat de wet anders ook van toepassing zou zijn tussen twee broers, een ouder en een kind, e.d., wat niet de bedoeling was. ³⁷

28. Wanneer het seksuele karakter van de relatie zeer strikt wordt geïnterpreteerd en er wordt verwacht dat daar ook effectief het bewijs van wordt geleverd, staat het openbaar ministerie (en/of de eventuele burgerlijke partij) voor een bijna onmogelijke opdracht. Bewijsstukken (geschriften, foto's, video's, ...) zullen zelden beschikbaar zijn. Afgezien van het geval dat dader en slachtoffer samen een kind hebben, zal het meestal gaan om het woord van de dader tegen het woord van het slachtoffer. Derden kunnen doorgaans slechts zeggen dat zij vermoeden dat partijen een seksuele relatie hadden of dat de dader of het slachtoffer hen ooit heeft verteld dat zij een seksuele relatie hadden. De rechter zal bij het beoordelen van het seksuele karakter van de relatie dan ook voornamelijk moeten steunen op feitelijke vermoedens, ³⁸ eventueel ondersteund door verklaringen van getuigen.

d) Duurzame relatie

29. Ten slotte is ook de term «duurzaam» niet zo eenduidig. Tijdens de parlementaire besprekingen werden er reeds bedenkingen rond dit woord geuit, maar er werd geen antwoord op gegeven. ³⁹

30. Wanneer twee personen een relatie beginnen, drie weken later gaan samenwonen en tijdens de eerste week samenwonen de ene partner de andere partner slagen toedient, kan men dan spreken van een «duurzame» relatie? Ik zou geneigd zijn om te zeggen van niet.

Ingeval een koppel reeds tien jaar een relatie heeft (met de bedoeling hun hele leven met elkaar door te brengen), maar de partners slechts twee dagen samenwonen op het ogenblik dat er slagen vallen, heeft men dan te maken met slagen binnen een «duurzame» relatie? Mijns inziens wel, aangezien het duurzame karakter betrekking heeft op de relatie en niet op het samenleven.

of bij de verjaardag, elkaar regelmatig «vastpakken» of even aanraken, hand in hand wandelen, ...

³⁷ *Parl. St. Senaat*, 1996-97, nr. 269/4.

³⁸ Afgeleid uit het feit dat ze in één bed slapen bijvoorbeeld.

³⁹ Algemene bespreking in de Commissie voor de Justitie, *Parl. St. Kamer*, 1996-97, nr. 949/5.

31. Hoelang moet een relatie duren om «duurzaam» te zijn? Zijn enkele weken of maanden voldoende of dienen het een aantal jaren te zijn? ⁴⁰

Is het voldoende dat een relatie een zekere tijd duurt of moeten partijen ook de bedoeling hebben om de relatie te laten duren? Stel dat twee personen elkaar tijdelijk zien zitten, zij gaan samenwonen om de kosten te delen, ze gevoels voor elkaar hebben en ook seks met elkaar hebben, maar zij beiden duidelijk weten dat ze slechts bij elkaar blijven in afwachting van een andere partner of in afwachting van een verbeterde financiële toestand. Door allerlei tegenslagen duurt deze situatie al een jaar of vijf. Kan men dan spreken van een duurzame relatie?

Ook volgens Van Dale's Groot woordenboek der Nederlandse taal zijn er twee betekenissen van «duurzaam»: enerzijds «geschikt, bestemd om te duren» en anderzijds «lang aanhoudend». Een duurzame relatie kan dus slaan op een uiterlijke duurzaamheid, het verloop van enige tijd, of een innerlijke duurzaamheid, de bedoeling dat het zou blijven duren. ⁴¹

32. Een lid van de Senaat merkte op dat het tegenstrijdig is om te beweren dat de wet van toepassing is wanneer de dader en het slachtoffer (in het verleden) een duurzame relatie hebben gehad. Uit het feit dat de relatie gedaan is, zou blijken dat ze niet zo duurzaam was. ⁴² Dit lijkt me volkomen onjuist te zijn. Personen die dertig jaar hebben samengeleefd en ook de bedoeling hadden om altijd samen te blijven, maar die door omstandigheden ⁴³ uit elkaar gaan, hebben zeker een duurzame relatie gehad.

Wat wel duidelijk werd gesteld, is dat de wet partners bedoelt die een gemeenschappelijk leven leiden en dat de wet niet van toepassing is op toevallige partners, ⁴⁴ zoals «one night stands».

e) Verschillende partners

33. Men kan zich ook afvragen of verschillende vrouwen tegelijkertijd kunnen voldoen aan de beschrijving van de partner in art. 2 van de wet van 24 november 1997 ten aanzien van één dader.

Mijns inziens wel. Een voorbeeld. Een samenwonende man en vrouw die buitenshuis werken en kinderen hebben,

nemen een vrouw in dienst die de huishoudelijke taken op zich neemt, alsook de opvang van de kinderen. Deze vrouw woont in bij het gezin. De man begint een verhouding met haar. Zij hebben gevoelens voor elkaar en hebben ook seksuele betrekkingen en deze, geheime, relatie duurt al een aantal jaren. Ook de samenwonende man en vrouw hebben nog een affectieve en seksuele relatie. Zowel de samenwonende vrouw als de inwonende hulp zijn de partner van de man, in de zin van art. 2 van de wet.

Dit geldt trouwens ook voor allerlei alternatieve samenlevingsvormen waarbij man en/of vrouw verschillende seksuele partners hebben die bij hen inwonen.

Het spreekt voor zichzelf dat één persoon ook een partner en een ex-partner of verschillende ex-partners kan hebben.

f) Ex-partners

34. De wet is ook van toepassing wanneer dader en slachtoffer hebben samengeleefd en een duurzame affectieve en seksuele relatie hebben gehad.

35. Het probleem van de «stalkers» ⁴⁵ is de voorbije jaren ook geregeld in de media ter sprake gekomen. Geweld houdt lang niet altijd op bij de scheiding tussen partners. Het slachtoffer wordt vaak nog gedurende lange tijd gevolgd door de partner die het geweld pleegde. ⁴⁶ De Kamer heeft geoordeeld dat het geweld door de stalkers uitgeoefend op hun ex-partner eveneens zwaarder moet worden gestraft. Allicht zal dit in de praktijk meestal betrekking hebben op het misdrijf van slagen en verwondingen en minder op te toedien van stoffen. ⁴⁷

36. Tijdens de parlementaire besprekingen werd de vraag gesteld welke termijn er mag verlopen zijn tussen het einde van het samenleven en het moment waarop het geweld wordt gepleegd. Er werd geantwoord dat dit punt door de rechter moet worden beoordeeld en dat de rechter zal moeten nagaan welke band bestaat tussen het samenleven en de daden van geweld. ⁴⁸ Nochtans wordt in de tekst van de wet zelf geen enkele voorwaarde gesteld van een band tussen het samenleven en het geweld en het volstaat dus dat dader en slachtoffer ooit partners geweest zijn. ⁴⁹

g) Combinaties

37. Art. 2 van de nieuwe wet, zoals het thans luidt, is ook van toepassing wanneer de dader op het ogenblik van de fei-

⁴⁰ In het raam van een vordering tot vergoeding van materiële schade door de ongehuwd samenwonende partner van het slachtoffer werd geoordeeld dat uit het gemeenschappelijk leven gedurende nog geen jaar niet blijkt dat het ongehuwd samenwonen de vereiste aspecten van stabiliteit en duurzaamheid heeft vertoond: Luik 2 mei 1996, *De Verz.* 1996, 694 met noot M. Lambert. In dezelfde zin werd geoordeeld in het geval van een koppel dat de dertig jaar nog niet had bereikt, dat maar een paar jaar samenwoonde en geen kinderen had: Brussel 10 oktober 1991, *R.G.A.R.* 1993, nr. 12.242.

⁴¹ Waarschijnlijk zal de rechtspraak eerder de uiterlijke duurzaamheid als criterium hanteren, mede omdat deze gemakkelijker kan worden bewezen.

⁴² Dit volgens de heer Raes: *Hand. Senaat*, 6 november 1997, 3680.

⁴³ Zware tegenslagen, een andere partner verkiezen, eindelijk voldoende moed hebben om uit een gewelddadige relatie te stappen, ...

⁴⁴ Algemene bespreking, *Parl. St. Senaat*, 1996-97, nr. 269/4.

⁴⁵ Van wie een belangrijk gedeelte personen zijn die hun ex-partner blijven lastigvallen.

⁴⁶ *Parl. St. Senaat*, 1995-96, nr. 269/2.

⁴⁷ Misdrijf dat strafbaar wordt gesteld in de art. 402 tot 405 Sw. en derhalve ook zwaarder wordt gestraft tussen partners ingevolge art. 2 van de wet van 24 november 1997, maar waaraan tijdens de parlementaire besprekingen blijkbaar geen aandacht werd geschonken.

⁴⁸ *Parl. St. Senaat*, 1997-98, nr. 269/9.

⁴⁹ Het is natuurlijk wel begrijpelijk dat het niet de bedoeling was om bijvoorbeeld de situatie waarin de ex-partner slagen krijgt omdat hij of zij toevallig aanwezig is als klant in de bank die door de ex-partner wordt overvallen, waarbij deze laatste alle aanwezigen buiten westen slaat, onder toepassing van art. 410, derde lid, Sw. te laten vallen.

ten met het slachtoffer samenleeft en zij in het verleden een duurzame affectieve en seksuele relatie hebben gehad. Wanneer de liefde verdwenen is en haat- en wrokgevoelens in de plaats zijn gekomen of wanneer de partners geen seksuele betrekkingen meer hebben, bijvoorbeeld bij oudere mensen, wanneer een partner ernstig ziek is of wanneer een partner een affectieve en seksuele relatie heeft met iemand anders, maar zij in het verleden wel een affectieve en seksuele relatie hebben gehad en zij nog steeds samenleven, is art. 410 Sw. van toepassing.

Ook wanneer dader en slachtoffer niet meer samenleven, maar nog wel een duurzame affectieve en seksuele relatie hebben, is art. 410 Sw. van toepassing. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een koppel niet kan samenleven onder één dak, maar de relatie niet wil beëindigen (overschakeling naar een L.A.T.-relatie).

h) Beoordeling

38. Tijdens de parlementaire besprekingen werd meermaals verklaard, wanneer er vragen rezen omtrent de (on)duidelijkheid van de wettelijke bepalingen, dat de rechtspraak deze verder zal uitwerken. Bij lezing van art. 2 van de wet kunnen we ons inderdaad voorstellen dat de juiste draagwijdte van deze bepaling uit de rechtspraak zal moeten blijken.

39. Het kan worden betreurd dat de omschrijvingen niet eenvoudiger werden gehouden.

De bedoeling van de wet was onder meer om de slachtoffers van geweld tussen partners een hart onder de riem te steken, om hen de helpen de stap te zetten naar hulpverlening, politie, gerecht. Wanneer de rechtbanken echter van de vervolgende partij gaan eisen dat zij werkelijk bewijst dat dader en slachtoffer samenleven of hebben samengeleefd en een duurzame affectieve en seksuele relatie hebben of gehad hebben, aan welke bewijslast uiteindelijk het slachtoffer zal moeten meewerken,⁵⁰ dan wordt de drempel voor het slachtoffer opnieuw verhoogd. De rechtbanken zullen veel eerder van feitelijke vermoedens moeten uitgaan. Men moet echter wel oppassen dat de bewijslast niet wordt omgekeerd. Het is immers de vervolgende partij, het openbaar ministerie of de burgerlijke partij, die dient te bewijzen dat alle voorwaarden voor de betrokken strafverzwaring vervuld zijn.

40. Het probleem omtrent de omschrijving is natuurlijk ontstaan doordat men niet enkel gehuwde personen in de wet wilde betrekken, maar ook samenwonende, niet-gehuwde hetero-koppels en homo-koppels, hetgeen op zichzelf een lovenswaardig initiatief is. De term «partner» is echter geen juridische term. Het was dan ook moeilijk om deze term hier te omschrijven.⁵¹

⁵⁰ Zij zal zelf een verklaring moeten afleggen; zij zal eventuele getuigen moeten aanduiden.

⁵¹ In de bestaande rechtspraak duikt de term «partner» wel eens op, vb.: Rb. Brugge 16 januari 1996, *T. Not.* 1996, 221.

II. OPHEFFING VAN ART. 413 SW. (ART. 3 VAN DE WET)

41. Art. 3 van de wet van 24 november 1997 bepaalt dat art. 413 Sw. wordt opgeheven.⁵²

Art. 413 Sw. bevatte een strafverminderende verschoningsgrond wanneer opzettelijke slagen en verwondingen of doodslag werden gepleegd door een van de echtgenoten op de andere echtgenoot en zijn «medeplichtige», op het ogenblik dat hij hen op heterdaad betrapte op overspel. Aangezien overspel reeds lang geen misdrijf meer is,⁵³ werd terecht geoordeeld dat art. 413 Sw. diende te worden opgeheven.⁵⁴

42. De strafverminderende verschoningsgrond bepaald in art. 411 Sw.⁵⁵ werd wel behouden, hoewel het oorspronkelijke voorstel voorzag in een uitzondering op dit artikel, dat niet van toepassing zou mogen zijn op geweld tussen partners. Er werd echter op gewezen dat de afschaffing van deze strafverminderende verschoningsgrond bij geweld in het gezin tot gevolg zou hebben dat de persoon die zich verweert tegen partnergeweld, door slagen en verwondingen toe te dienen, deze verschoningsgrond niet meer zou kunnen inroepen.⁵⁶

III. ONDERZOEKSBEVOEGDHEDEN: GELIJKSTELLING MET HETERDAAD (ART. 4, 5 EN 6)

43. Krachtens art. 4 en 5 van de hier besproken wet worden art. 46 en 49 Sv. zo gewijzigd dat de procureur des Konings en zijn hulpofficieren de bevoegdheden die zij hebben wanneer zij een misdrijf op heterdaad ontdekken (art. 32 tot 45 Sv.), ook hebben indien zij worden verzocht het misdrijf vast te stellen door het slachtoffer van het strafbare feit, wanneer dit strafbaar feit wordt genoemd in de art. 398 tot 405 Sw. en de vermoedelijke pleger van het strafbare feit de echtgenoot van het slachtoffer is of de persoon met wie hij of zij samenleeft en een duurzame affectieve en seksuele relatie heeft.⁵⁷ Art. 46 Sv. handelt over de bevoegdheden van de procureur des Konings. Art. 49 Sv. kent dezelfde bevoegd-

⁵² Dit werd voorgesteld in het wetsvoorstel van mevrouw Lizin, maar tevens in het voorstel nr. 1-300/1 van de heer Coveliers.

⁵³ Sinds de wet van 20 mei 1987 (*B.S.* 12 juni 1987), waarbij de artikelen 387 en 390 Sw. werden opgeheven.

⁵⁴ Toch waren twee Kamerleden tegen de opheffing van dit artikel: algemene bespreking, *Parl. St. Kamer*, 1997-98, nr. 949/5.

⁵⁵ «Doodslag, verwondingen en slagen zijn verschoonbaar, indien zij onmiddellijk uitgelokt worden door zware gewelddaden tegen personen».

⁵⁶ *Parl. St. Senaat*, 1995-96, nr. 269/2 en *Parl. St. Senaat*, 1996-97, nr. 269/4;

⁵⁷ Art. 4: «In artikel 46 van het Wetboek van Strafvordering worden de woorden “het hoofd van dit huis de procureur des Konings verzocht het misdrijf vast te stellen” vervangen door wat volgt: “de procureur des Konings verzocht wordt het misdrijf vast te stellen door: 1° het hoofd van dat huis; 2° het slachtoffer van het strafbaar feit, wanneer dat strafbaar feit genoemd wordt in de artikelen 398 tot 405 van het Strafwetboek en de vermoedelijke pleger van het strafbaar feit de echtgenoot van het slachtoffer is of de persoon met wie hij of zij samenleeft en een duurzame affectieve en seksuele relatie heeft”. Art. 5: “In artikel 49 van hetzelfde Wetboek, gewijzigd bij de wet van 10 juli 1967, worden de woorden “aanzoek van het hoofd van een huis” vervangen door de woorden “verzoek bedoeld in artikel 46”».

heden toe aan de officieren van gerechtelijke politie, hulp-officieren van de procureur des Konings.

44. Deze uitbreiding van bevoegdheden geldt dus enkel bij geweld tegen de partner, niet bij geweld tegen de ex-partner.

45. Aangezien de zinsnede «gepleegd is binnen een huis» in art. 46 Sv. behouden bleef, gelden de bijzondere bevoegdheden van heterdaad enkel wanneer het partnergeweld werd gepleegd in een huis en bijvoorbeeld niet wanneer het op straat gebeurt.

46. Bepaalde bevoegdheden die de procureur des Konings en zijn hulpofficieren hebben bij heterdaad, kunnen ook buiten heterdaad worden uitgeoefend, maar worden voor de heterdaadsituatie uitdrukkelijk in de wet voorzien.⁵⁸ Andere bevoegdheden gelden enkel bij heterdaad of bij het verzoek van art. 46 Sv.⁵⁹

⁵⁸ Vb.: ter plaatse gaan, mensen verhoren buiten eed (art. 32-33 Sv.), goederen in beslag nemen voor zover dit gebeurt ter gelegenheid van een geldige onderzoeksmaatregel (art. 35, 37-39 Sv.).

⁵⁹ Vb.: verbieden, op straffe van een geldboete, dat iemand het huis of de plaats verlaat (art. 34 Sv.), een deskundige, die de eed moet afleggen, aanstellen (art. 44-44bis Sv.), arrestatie, huiszoeking, ook bij nacht (art. 36 Sv. en art. 1 wet 7 juni 1969). Inzake het onderzoek aan het lichaam (art. 90bis Sv.) kan men zich afvragen of deze bevoegdheid ook geldt bij het verzoek van art. 46 Sv. Laatsgenoemde bepaling verwijst slechts naar de bevoegdheden «hierboven» aan de procureur des Konings toegekend voor de gevallen van ontdekking op heterdaad. Vóór de inwerkingtreding van de wet Franchimont (1 oktober 1998) bepaalde art. 90bis Sv. dat «buiten ontdekking op heterdaad» geen onderzoek aan het lichaam kan worden bevolen dan door de raadkamer, de kamer van inbeschuldigingstelling of de rechtbank of het hof die van de misdaad of het wanbedrijf kennis nemen. Het onderzoek aan het lichaam lijkt derhalve niet te kunnen worden bevolen door de procureur des Konings in geval van verzoek van het slachtoffer van partnergeweld om het misdrijf vast te stellen. Door de wet Franchimont («wet tot verbetering van de strafrechtspiegeling in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek») wordt art. 90bis Sv. gewijzigd in die zin dat wordt gesteld dat «buiten de gevallen van een op heterdaad ontdekt of als zodanig beschouwd misdrijf en het geval waarin een meerderjarige schriftelijke toestemming geeft» een onderzoek aan het lichaam enkel kan worden bevolen door de onderzoeksrechter, de kamer van inbeschuldigingstelling, de rechtbank of het hof die van de misdaad of het wanbedrijf kennis nemen. Als met een «als zodanig beschouwd misdrijf» enkel bedoeld wordt de aan heterdaad gelijkgestelde gevallen die vervat zijn in art. 41, tweede lid, Sv., dan geeft het verzoek overeenstemming art. 46 Sv. geen aanleiding tot de bevoegdheid van onderzoek aan het lichaam. Als daarentegen alle gevallen waarin de procureur des Konings de bevoegdheden heeft die hij normaal enkel bij heterdaad heeft, bedoeld zijn, kan de procureur des Konings ook een onderzoek aan het lichaam bevelen in geval hij door het slachtoffer wordt verzocht het misdrijf van partnergeweld gepleegd in een huis, vast te stellen. Tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet Franchimont werd in dit verband enkel opgemerkt: «De betekenis van «geval van heterdaad» is enkel te raden door vergelijking met de uitdrukking «ontdekken op heterdaad». Deze tekst, die vloeiender is en beter bij de Franse versie aansluit, lijkt ten dele een variant in te houden op de artikelen 32, 46, 49, 59 en 61 van het Wetboek van Strafvordering, waar begrippen te vinden zijn als «op heterdaad ontdekt misdrijf» en «misdrijf beschouwd als op heterdaad ontdekt» (Verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door de heren Erdman en Desmedt, *Parl. St. Senaat*, 1997-98, 707/4, 281).

47. De onderzoeksdaaden die de voorstanders van art. 4 en 5 van de nieuwe wet voor ogen hadden, waren enerzijds de huiszoeking en anderzijds de arrestatie.

48. Buiten heterdaad kan de arrestatie slechts worden bevolen door de procureur des Konings of, ingeval reeds een gerechtelijk onderzoek hangende is, de onderzoeksrechter. Bij heterdaad kunnen de agenten van de openbare macht de verdachte ter beschikking stellen van de officier die dan bevoegd is om over de arrestatie te beslissen. Ingevolge het gewijzigde art. 49 Sv. kunnen de officieren van gerechtelijke politie, hulpofficieren van de procureur des Konings, ook in geval van verzoek van het slachtoffer van partnergeweld gepleegd binnen een huis, de dader van dit geweld arresteren.⁶⁰

49. De tweede belangrijke bevoegdheid die men voor ogen had, betreft de huiszoeking.

50. Ingevolge art. 6 van de wet ertoe strekkende het geweld tussen partners tegen te gaan, wordt het verbod van huiszoeking tussen 21u en 5u buiten toepassing verklaard in geval van een verzoek of de toestemming van het slachtoffer van partnergeweld, zoals omschreven in art. 46, tweede lid, Sv.⁶¹

51. Men kan zich afvragen welke woningen mogen worden betreden op verzoek van het slachtoffer. Blijkbaar was men het tijdens de parlementaire bespreking daar niet over eens.

Het adviescomité voor gelijke kansen voor vrouwen en mannen oordeelde dat de mogelijkheid van art. 46 en 49 Sv. moet gelden voor elke privé-woning.⁶² In de algemene bespreking in de Senaat werd opgemerkt dat het begrip «echtelijke woning» minder dubbelzinnig is dan «elke woning waarin de feiten worden gepleegd» en dat een hanteerbaar criterium zou kunnen zijn de verblijfplaats van een van beide partijen.⁶³ Dit is echter niet logisch, aangezien de verblijfplaats van een van de partijen bij partners (art. 4, 5 en 6 van de wet zijn niet van toepassing op de ex-partners) steeds de verblijfplaats is van beide partijen, omdat men slechts partner is als men samenleeft, tenzij het gaat om gehuwden die niet meer samenleven. Als het strafbaar feit wordt gepleegd in het huis waarin het slachtoffer woont, kon dit slachtoffer ook zonder de wetswijziging de procureur des Konings

⁶⁰ Wat de voorwaarden en te volgen procedure betreft, dienen de regelen te worden gevolgd die gelden bij heterdaad; i.v.m. de arrestatie, zie onder meer: SPRIET, B., «De aanhouding en het bevel tot medebrenging» in DECLERCO, R. en VERSTRAETEN, R. (ed.), *Voorlopige hechtenis. De wet van 20 juli 1990*, Leuven, Acco, 1991, 18 e.v.; HUTSEBAUT, F., *Voorlopige hechtenis. Overzicht van rechtspraak en rechtsleer 1990-1992*, Gent, Mys&Breesch, 1993, 13 e.v.; VERSTRAETEN, R., *Handboek Strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 201 e.v.

⁶¹ Art. 6: «Artikel 1, 3°, van de wet van 7 juni 1969 tot vaststelling van de tijd gedurende welke geen opsporing ten huize of huiszoeking mag worden verricht, wordt vervangen door de volgende bepaling: «3° in geval van verzoek of toestemming van de persoon die het werkelijk genot heeft van de plaats of de persoon bedoeld in artikel 46, 2° van het Wetboek van Strafvordering», artikel toegevoegd n.a.v. het advies van de Raad van State, *Parl. St. Kamer*, 1996-97, nr. 949/2; Amendement nr. 8 van mevrouw van Kessel c.s., *Parl. St. Kamer*, 1996-97, nr. 949/3.

⁶² *Parl. St. Senaat*, 1995-96, nr. 269/2.

⁶³ *Parl. St. Senaat*, 1996-97, nr. 269/4.

en zijn hulpofficieren verzoeken de nodige vaststellingen te komen doen, namelijk als hoofd van het huis.⁶⁴

De Raad van State was van oordeel dat art. 4 en 5 van de wet niet van toepassing zijn als het strafbare feit door de dader wordt gepleegd op de echtgenoot in een ander huis dan de echtelijke verblijfplaats.⁶⁵ Ook dit oordeel kan niet worden gevolgd. Wanneer geweld wordt gepleegd tussen echtgenoten in de echtelijke woning, dan was er geen wetswijziging nodig om de procureur des Konings bevoegd te maken om de woning te betreden op verzoek van het slachtoffer, aangezien dit met de bestaande art. 46 en 49 Sv. reeds het geval was.⁶⁶

We kunnen dus niet anders dan besluiten dat de «woning» die wordt bedoeld in deze artikelen elke woning is waarin het betrokken misdrijf wordt gepleegd. Deze opvatting vindt trouwens ook steun in art. 1, 2° van de wet van 7 juni 1969.⁶⁷ Dit geldt mijns inziens ook voor een hotelkamer of een vakantiewoning waarin de feiten worden gepleegd. Men moet er immers van uitgaan dat wordt bedoeld elk «huis» dat de onschendbaarheid van een woning geniet en waarvoor derhalve een zoeken is onderworpen aan de regels betreffende de huiszoeking.

52. De bijzondere bevoegdheden worden slechts toegekend wanneer de procureur des Konings (of zijn hulpofficieren) door het slachtoffer wordt verzocht het misdrijf vast te stellen. Men kan zich afvragen wat moet worden verstaan onder dit «verzoek» van het slachtoffer. Uit de toelichting bij het wetsvoorstel⁶⁸ zou kunnen worden afgeleid dat het verzoek hier in dezelfde zin moet worden begrepen als het verzoek van het hoofd van het huis, zoals dit reeds was bepaald in het bestaande art. 46 Sv.⁶⁹

⁶⁴ Zie ook het advies van de Raad van State, *Parl. St. Kamer*, 1996-97, nr. 949/2. In de toelichting bij het wetsvoorstel werd trouwens gesteld: «De procureur zal voortaan dus dag en nacht de echtelijke woning of enige andere plaats kunnen betreden om deze misdaad of dit wanbedrijf vast te stellen en hij zal de verdachte kunnen aanhouden, zowel op aangifte als op verzoek. Thans heeft hij deze bevoegdheden slechts in geval van misdaad of wanbedrijf gepleegd binnen een huis, wanneer het hoofd van dit huis erom verzoekt» (*Parl. St. Senaat*, 1996-96, 269/1).

⁶⁵ Advies, *Parl. St. Kamer*, 1996-97, nr. 949/2.

⁶⁶ M.b.t. de echtelijke verblijfplaats, waarin de echtgenoten samen moeten wonen overeenkomstig art. 213 B.W., heeft elke echtgenoot de bevoegdheden van het hoofd van het huis zoals bepaald in art. 46 en 49 Sv. Aldus is de vordering van één van hen voldoende om een huiszoeking mogelijk te maken (Cass., 29 oktober 1962, *R. W.*, 1962-63, 1771).

⁶⁷ In verband met de mogelijkheid tot huiszoeking in de woning van de verdachte (art. 36 Sv.) en in de woning waarin het misdrijf werd gepleegd (art. 32 tot 35 Sv. en art. 1 wet 7 juni 1969): zie DECLERCO, R., *Beginnelsen van strafvordering*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 119-120; VERSTRAETEN, R., *Handboek Strafvordering*, 146.

⁶⁸ «De procureur zal voortaan dus dag en nacht de echtelijke woning of enige plaats kunnen betreden om deze misdaad of dit wanbedrijf vast te stellen en hij zal de verdachte kunnen aanhouden, zowel op aangifte als op verzoek. Thans heeft hij deze bevoegdheden slechts in geval van misdaad of wanbedrijf gepleegd binnen een huis, wanneer het hoofd van dit huis erom verzoekt» (*Parl. St. Senaat*, 1995-96, 269/1); zie ook het Advies van de Raad van State, *Parl. St. Kamer*, 1996-97, 949/2.

⁶⁹ I.v.m. het aanzoek van het hoofd van het huis werd gesteld dat dit verzoek wel mondeling als schriftelijk kan zijn en dat het door-

De wet bepaalt niet wanneer het verzoek van het slachtoffer moet gebeuren. De bedoelde situatie van het verzoek van het slachtoffer van partnergeweld kan niet beperkt zijn tot een oproep, een vraag om hulp in een noodtoestand, vanuit de woning waarin het misdrijf gebeurt. In dat geval is het reeds mogelijk voor elke politieambtenaar om de betrokken woning te betreden.⁷⁰ Men kan mijns inziens echter bezwaarlijk aannemen dat het feit dat het slachtoffer bijvoorbeeld een aantal maanden (of zelfs jaren) na de feiten zou verzoeken het misdrijf vast te stellen, tot gevolg zou hebben dat de procureur des Konings en zijn hulpofficieren over de bijzondere bevoegdheden van heterdaad zouden beschikken.⁷¹

53. In het oorspronkelijke wetsvoorstel was bepaald dat de procureur des Konings de bevoegdheden inzake heterdaad ook zou hebben wanneer het misdrijf van art. 410, derde lid, Sw. werd gepleegd binnen een huis en ter kennis werd gebracht van de procureur des Konings op klacht van het slachtoffer of aangifte van een derde.⁷²

Er werd echter bezwaar gemaakt tegen de mogelijkheid voor de procureur des Konings om louter op aangifte van derden de woning te kunnen binnendringen, waardoor het beginsel van de onschendbaarheid van de woning volledig zou worden uitgehold.⁷³ In het wetsontwerp dat werd overgezonden aan de Kamer werd dan ook enkel de mogelijkheid van de «klacht» van het slachtoffer behouden.⁷⁴

Buren kunnen wel de politie bellen wanneer zij, door het lawaai bijvoorbeeld, vermoeden dat er geweld op een partner wordt gepleegd, maar de procureur des Konings en zijn hulpofficieren mogen slechts in de woning waarin dit vermoedelijk gebeurt, binnengaan ofwel op verzoek van het slachtoffer, ofwel omdat zij het misdrijf op heterdaad hebben ontdekt.⁷⁵

54. Bedoeling van art. 4, 5 en 6 van de hier besproken wet zou zijn dat de klachten beter worden behandeld, het slachtoffer meer aandacht en een betere bescherming krijgt en er

gaans een vaststelling op heterdaad zal beogen, maar dat dit geen vereiste is (VIAENE, L., *Huiszoeking en beslag in strafzaken*, 1962, 181).

⁷⁰ Krachtens art. 1, tweede lid, 4°, van de wet van 7 juni 1969; zie ook: SMEDTS, J., «Betreden van de woning bij oproep, rampen, onheil, schadegevallen of gevaar voor personen» in *Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer: strafrecht en strafvordering*, 2-3; ARNOU, L., «De zoeking en de inbeslagname: de bestaande en de nieuwe regeling» in FIJNAUT, C. en HUTSEBAUT, F. (ed.), *De nieuwe politiewetgeving in België*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 184 e.v.

⁷¹ Tijdens de parlementaire besprekingen werd dit probleem terloopsesignaleerd: «Een lid wijst erop dat het politieoptreden waarin artikel 5 van het wetsvoorstel voorziet, na de feiten plaatsgrijpt. Het concept «ontdekking op heterdaad» slaat immers niet uitsluitend op feiten ontdekt terwijl ze worden gepleegd maar ook op feiten ontdekt terstond nadat ze gepleegd zijn. De vraag rijst welke termijn maximaal mag verlopen tussen de gewelddaad en het verzoek om tussenkomst van de politie» (*Parl. St. Senaat*, 1996-97, 269/4).

⁷² Toelichting, *Parl. St. Senaat*, 1995-96, nr. 269/1; de bewoordingen «op klacht van het slachtoffer» werden gewijzigd n.a.v. de opmerkingen van de Raad van State (*Parl. St. Kamer*, 1996-97, nr. 949/2).

⁷³ *Parl. St. Senaat*, 1995-96, nr. 269/2; zie ook discussie *Parl. St. Senaat*, 1996-97, nr. 269/4.

⁷⁴ *Parl. St. Senaat*, 1996-97, nr. 269/6; *Parl. St. Kamer*, 1996-97, nr. 949/1.

⁷⁵ Zij kunnen bijvoorbeeld van buitenaf, vanop de openbare weg, zien dat er klappen worden uitgedeeld.

betrouwbaarder gerechtelijke statistieken worden opgesteld.⁷⁶ Dankzij het optreden van de procureur des Konings⁷⁷ zou het mogelijk worden de donkere sluier op te lichten waaronder het geweld in een gezin vaak schuilgaat.⁷⁸ De nieuwe bevoegdheden van de procureur des Konings en de mogelijkheid van de hulporganisaties om in rechte op te treden,⁷⁹ zouden moeten verandering brengen in de situatie dat mishandeling binnen een relatie vaak verborgen blijft, omdat het slachtoffer er niet durft of kan mee naar buiten komen.⁸⁰

IV. MOGELIJKHEID VAN VERENIGINGEN OM IN RECHTE OP TE TREDEN (ART. 7)

55. Art. 7 van de hier besproken wet bepaalt:

«Elke instelling van openbaar nut en elke vereniging die op de datum van de feiten sinds ten minste vijf jaar rechtspersoonlijkheid bezit en volgens haar statuten tot doel heeft geweld tussen partners te voorkomen door de verspreiding van informatie aan alle betrokken doelgroepen en hulp te bieden aan slachtoffers van geweld tussen partners en aan hun gezin, kan met instemming van het slachtoffer in rechte optreden in het geding waartoe de toepassing van artikel 410, derde lid, van het Strafwetboek aanleiding zou geven.

Het slachtoffer mag op ieder ogenblik afzien van de bij het eerste lid van dit artikel bedoelde instemming, wat een einde maakt aan de mogelijkheid voor de instelling van openbaar nut of voor de betrokken vereniging om in rechte te blijven optreden in het geschil waartoe de toepassing van artikel 410, derde lid, van het Strafwetboek aanleiding zou geven.»

56. Art. 7 is wellicht het artikel waarrond de meeste twistiging bestond tijdens de parlementaire voorbereiding.

In het oorspronkelijke wetsvoorstel werd de mogelijkheid van het optreden van verenigingen voorzien,⁸¹ met als doel bij de gerechtelijke behandeling de emotionele aspecten te vermijden en het mogelijk te maken de dader een rechtvaardige straf op te leggen, zonder dader en slachtoffer voor het gerecht met elkaar te confronteren. Op die manier zou duidelijk de maatschappelijke afkeuring blijken en zou worden voorkomen dat het slachtoffer dat wordt geïntimideerd, zijn klacht intrekt en dat het parket afziet van rechtsvervolging.⁸² Het vorderingsrecht van de verenigingen stelt het slachtoffer in staat om niet te verschijnen en geen partij te zijn in het proces.⁸³ Dit kan ook een oplossing zijn voor slachtof-

fers die feitelijk in de onmogelijkheid zijn zelf klacht neer te leggen, maar toch gevolg willen geven aan de feiten.⁸⁴

De mogelijkheid voor instellingen van openbaar nut en verenigingen om in rechte op te treden werd niet behouden in het ontwerp dat door de Senaat aan de Kamer werd overgezonden,⁸⁵ maar werd opnieuw ingevoerd tijdens de debatten in de Kamer.⁸⁶ Er werd geargumenteed dat afzien van de mogelijkheid voor verenigingen om in rechte op te treden, zou neerkomen op het aanvaarden van het beginsel van het niet verlenen van bijstand aan personen in nood⁸⁷ en dat het aan een groepering die een collectief belang wenst te verdedigen toegekende recht om in rechte op te treden een beginsel is dat in het Belgische recht ingang heeft gevonden.⁸⁸ Uiteindelijk werd het ook in de Senaat, zij het met een nipte meerderheid, aangenomen.⁸⁹

57. Voorstanders van het vorderingsrecht voerden aan dat het hier gaat om een uitzonderlijke context. In gevallen van geweld tussen partners is de relatie tussen het slachtoffer en de dader vaak van die aard dat het slachtoffer niet meer de nodige energie heeft om te reageren. Daarom is het optreden van een vereniging nodig om het evenwicht te herstellen en een objectief element aan de situatie toe te voegen.⁹⁰

58. Meermaals werd opgeworpen dat een afkeurenswaardig verschijnsel, zoals *in casu* partnergeweld, niet kan worden beschouwd als een collectief belang dat niet zou samenvallen met het algemeen belang dat door het openbaar ministerie moet worden gevrijwaard.⁹¹ Het toekennen van een vorderingsrecht aan verenigingen in persoonlijke conflic-

⁸⁴ *Parl. St.* Senaat, 1995-96, nr. 269/2. Dit kan bijvoorbeeld wanneer de vrouw geen eigen financiële middelen heeft om de consignatie of de dagvaardigingskosten te betalen of wanneer het slachtoffer er zo erg aan toe is dat het in het ziekenhuis dient te verblijven.

⁸⁵ Amendement nr. 14 van de heren Coveliers en Desmedt: art. 6 te doen vervallen: In de Commissie van Justitie werd na discussie geoordeeld dat nog geen definitieve beslissing kon worden genomen en dat de situatie opnieuw kon worden bekeken in het raam van het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 1 augustus 1985 houdende fiscale en andere bepalingen inzake de hulp aan slachtoffers van opzettelijke gewelddaden (*Parl. St.* Kamer, 1996-97, nr. 726/1).

⁸⁶ Amendement nt. 2 van mevrouw Cahay-Andre en mevrouw Herzet (*Parl. St.* Kamer, 1996-97, nr. 949/3) strekte ertoe deze mogelijkheid opnieuw in te voeren; amendement nr. 10 van mevrouw Herzet (*Parl. St.* Kamer, 1996-97, nr. 949/4) wenste daaraan toe te voegen dat het slachtoffer op ieder ogenblik kon afzien van de instemming, waardoor de vereniging niet meer zou kunnen optreden; gunstig advies van het adviescomité voor maatschappelijke emancipatie (*Parl. St.* Kamer, 1996-97, nr. 949/5); amendement nr. 13 van mevrouw Herzet c.s. om art. 7 in te voegen (*Parl. St.* Kamer, 1996-97, nr. 949/7) werd aangenomen met 115 van de 141 stemmen (*Hand. Kamer*, 1996-97, 10 juli 1997, nr. 183, 6437).

⁸⁷ Begrijpe wie begrijpe kan.

⁸⁸ Artikelsgewijze bespreking en stemmingen, *Parl. St.* Kamer, 1996-97, nr. 949/5.

⁸⁹ Amendement nr. 17 van mevrouw Milquet en de heer Desmet om art. 7 te doen vervallen (*Parl. St.* Senaat, 1998-98, nr. 269/8) werd niet aangenomen.

⁹⁰ Algemene bespreking, *Parl. St.* Kamer, 1996-97, nr. 269/4.

⁹¹ Algemene bespreking in de Commissie voor de Justitie (*Parl. St.* Kamer, 1996-97, nr. 949/5).

⁷⁶ Toelichting, *Parl. St.* Senaat, 1995-96, nr. 269/1. Terwijl de eerste twee doelstellingen lovenswaardig (en menswaardig) zijn, kan dit niet worden gezegd van de doelstelling van het opstellen van betrouwbaarder gerechtelijke statistieken.

⁷⁷ Die voortaan dag en nacht de echtelijke woning of enige andere plaats kan betreden om de misdaad of het wanbedrijf vast te stellen en die de verdachte zal kunnen aanhouden.

⁷⁸ Toelichting, *Parl. St.* Senaat, 1995-96, nr. 269/1.

⁷⁹ Art. 7 van de wet (zie *infra*, nrs. 55-67).

⁸⁰ *Parl. St.* Senaat, 1995-96, nr. 269.2.

⁸¹ Instemming van het slachtoffer was vereist, maar er werd niets bepaald over de intrekking van de instemming.

⁸² Toelichting, *Parl. St.* Senaat, 1995-96, nr. 269.1 en nr. 269/2.

⁸³ *Parl. St.* Senaat, 1997-98, nr. 269/9.

ten zou onaanvaardbaar zijn in een rechtsstaat.⁹² Men vroeg zich af of er in dit geval sprake is van een collectief belang dat zich onderscheidt van het algemeen belang.⁹³

Tegenstanders van het vorderingsrecht wierpen op dat de opdracht van het openbaar ministerie niet mag worden overgedragen aan V.Z.W.'s, wegens het risico dat het openbaar ministerie dan nog minder belang zal hechten aan deze problematiek.⁹⁴ Het toekennen van een vorderingsrecht zou een ongelijke situatie doen ontstaan met betrekking tot andere (ernstigere) feiten waarvoor dergelijk recht niet bestaat.⁹⁵ Een algemene uitbreiding van dit soort vorderingen zou tot structurele problemen op het gebied van de rechterlijke organisatie kunnen leiden.⁹⁶

59. Niet alleen de mogelijkheid om in rechte op te treden, maar ook de voorwaarden waaronder dit zou kunnen gebeuren, waren voorwerp van discussie.

Het is zeer frappant dat art. 7 uiteindelijk wel werd aangenomen, terwijl men het niet eens was over de inhoud van het recht om «in rechte op te treden» en uit de parlementaire voorbereidingsstukken niet kan worden opgemaakt welke bevoegdheid men aan de verenigingen heeft willen geven.⁹⁷

⁹² *Hand. Kamer*, 1997-98, 16 oktober 1997, nr. 89, 6673, waarbij blijkbaar wordt vergeten dat dit thans in andere situaties ook reeds het geval is (zie *infra*, nrs. 62-63).

⁹³ Verslag namens het adviescomité voor maatschappelijke emancipatie (*Parl. St. Kamer*, 1996-97, nr. 949/5). Het aanvaarden van een collectief belang betekent impliciet dat hier een afzonderlijk vorderingsrecht geldt, dat wil zeggen onafhankelijk van de wil van het slachtoffer, hetgeen juist niet de bedoeling was (*Parl. St. Senaat*, 1997-98, nr. 269/8); er is hier enkel een individueel belang en het algemeen belang (*Hand. Senaat*, 6 november 1997, 3677).

⁹⁴ Stelling ter verantwoording van amendement nr. 17 om art. 7 te doen vervallen (*Parl. St. Senaat*, 1997-98, nr. 269/8).

⁹⁵ *Parl. St. Senaat*, 1997-98, nr. 269/8: Elders werd gesteld dat men eraan dacht in de toekomst ook voor andere situaties dergelijk vorderingsrecht te voorzien, bijvoorbeeld voor de verdediging van de rechten van het kind (*Hand. Senaat*, 6 november 1997, 3678).

⁹⁶ Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl. St. Senaat*, 1997-98, nr. 269/9.

⁹⁷ Zie ook *Hand. Kamer*, 8 juli 1997, 6388; Verslag namens de commissie voor de Justitie, *Parl. St. Senaat*, 1997-98, nr. 269/9; zie daarover de vraag van de heer Coveliërs aan mevrouw De Bethune, die het antwoord probeert te ontwijken: *Hand. Senaat*, 6 november 1997, 3678 (Mevrouw De Bethune: «Voorts is de vernuiming verantwoord in de specifieke situatie die in dit wetsontwerp wordt behandeld. Het vorderingsrecht van verenigingen die de belangen van vrouwen verdedigen, sluit aan bij de algemene tendens die dienaangaande in het buitenland bestaat. In andere landen kunnen vrouwen een beroep doen op vrouwenorganisaties die hen bijstaan wanneer zij naar de rechter stappen om de bestraffing van sommige ongelijkheden en discriminaties af te dwingen. In verband met de aard van het verdedigde belang moet worden opgemerkt dat het uiteraard om een individueel belang gaat, maar ten dele ook om een collectief en algemeen belang»; de heer Coveliërs: «Betekent dit dat men aan die verenigingen een vorderingsrecht wil geven? In de tekst staat nochtans: «optreden in rechte». Kan mevrouw De Bethune mij uitleggen welk vorderingsrecht deze wet aan een privé-V.Z.W. geeft?», mevrouw De Bethune: «Wij stellen niet voor de in het buitenland bestaande praktijken als zodanig bij ons toe te passen. De bepalingen van het ontwerp dat vandaag wordt besproken, leunen aan bij een tendens die in het buitenland bestaat. Dit punt hoeft geen verdere uitleg»; de heer Coveliërs: «Welk recht wordt toegekend aan de verenigingen: een vorderingsrecht of het recht om in rechte op te treden en wat houdt dit precies in?»),

60. Het is duidelijk dat het niet gaat om de mogelijkheid om het slachtoffer in rechte te vertegenwoordigen, aangezien meermaals werd verklaard dat men geen afbreuk wens- te te doen aan het monopolie van de advocaten.⁹⁸

Volgens sommigen, wier mening niet kan worden gedeeld, zou de effectieve inbreng van de verenigingen vrij beperkt zijn, aangezien ze noch schadevergoeding kunnen eisen⁹⁹ noch de strafvordering kunnen instellen.¹⁰⁰ De verenigingen zouden niets anders kunnen doen dan het slachtoffer doorverwijzen naar een advocaat.

Voorts werd opgemerkt dat de verenigingen voor eigen rekening optreden en niet namens of als vertegenwoordigers van het slachtoffer.¹⁰¹ Anderzijds werd aangevoerd dat de verenigingen het recht moeten krijgen om in rechte op te treden in plaats van het slachtoffer.¹⁰²

61. Volgens de letterlijke lezing van het artikel en rekening houdende met vergelijkbare bepalingen in de wetten inzake racisme en xenofobie en de genocide, waarnaar tijdens de parlementaire besprekingen werd verwezen,¹⁰³ moet men besluiten dat art. 7 aan de hulporganisaties het recht geeft om, zoals het slachtoffer, de strafvordering op gang te brengen en zich burgerlijke partij te stellen.

62. Het principe in het Belgisch rechtsbestel is dat alleen het openbaar ministerie en de benadeelde de strafvordering op gang kunnen brengen. Burgerlijke partijstelling door verenigingen op louter principiële gronden is dan ook altijd afgewezen.¹⁰⁴

Art. 3 Voorafgaande Titel Sv. wijst de burgerlijke vordering toe aan hen «die de schade hebben geleden» en overeenkomstig art. 63 Sv. is voor de burgerlijke partijstelling vereist dat men kan beweren door het misdrijf te zijn benadeeld.¹⁰⁵ Voor de ontvankelijkheid van een burgerlijke partijstelling is vereist dat de burgerlijke partij aannemelijk maakt dat zij een persoonlijke schade heeft geleden. Dit heeft tot gevolg dat op het vlak van de burgerlijke partijstelling voor de strafrechtsmachten - behoudens machtiging van de wetgever - geen rol is weggelegd voor de rechtspersonen die op-

mevrouw De Bethune: «De verenigingen krijgen enkel het recht op te treden naast het slachtoffer.»; de heer Coveliërs: «Wat houdt dat optreden dan precies in?»; mevrouw De Bethune: «Ik hoef deze vraag niet te beantwoorden. Ik wens mijn uiteenzettingen voort te zetten.»).

⁹⁸ Vb: Verslag namens het adviescomité voor maatschappelijke emancipatie, *Parl. St. Kamer*, 1996-97, nr. 949/5; Verslag namens de commissie voor de Justitie, *Parl. St.* 1997-98, nr. 269/9.

⁹⁹ *Hand. Senaat*, 6 november 1997, 3677.

¹⁰⁰ Verslag namens het adviescomité voor maatschappelijke emancipatie, *Parl. St. Kamer*, 1996-97, nr. 949/5; *Parl. St. Senaat*, 1996-97, nr. 269/4, en *Parl. St. Senaat*, 1997-98, nr. 269/8.

¹⁰¹ *Parl. St. Senaat*, 1996-97, nr. 269/4.

¹⁰² Algemene bespreking in de commissie voor de Justitie, *Parl. St. Kamer*, 1996-97, nr. 949/5; *Hand. Kamer*, 1997-98, 17 oktober 1997, nr. 89, 6674.

¹⁰³ *Parl. St. Senaat*, 1996-96, nr. 269/4; Verslag namens het adviescomité voor maatschappelijke emancipatie, *Parl. St. Kamer*, 1996-97, nr. 949/5, waarin werd gesteld dat de verenigingen zich burgerlijke partij zouden kunnen stellen.

¹⁰⁴ E. BOUTMANS, «De toepassingsmogelijkheden van de Racisme-wet», *Panopticon*, 1989, 45; Cass. 9 december 1957, *Pas.* 1958, I, 375.

¹⁰⁵ R. VERSTRAETEN, *De burgerlijke partij en het gerechtelijk onderzoek*, Antwerpen, Maklu, 1990, 485.

treden ter verdediging van collectieve belangen.¹⁰⁶ Het belang dat wordt ingeroepen als grond voor het optreden van verenigingen in rechte voor de verdediging van collectieve belangen, vermengt zich met of wordt geabsorbeerd door het algemeen belang, dat naar aanleiding van misdrijven uitsluitend wordt behartigd door het openbaar ministerie.¹⁰⁷ De burgerlijke partij is een eiser van schadevergoeding; haar vordering strekt enkel en alleen tot herstel van de schade die door het misdrijf werd veroorzaakt. Een belang bij de bestraffing is niet voldoende om zich burgerlijke partij te kunnen stellen.¹⁰⁸ Om van dit fundamentele beginsel af te wijken, is een tussenkomst van de wetgever noodzakelijk. Er bestaan echter hoe langer hoe meer uitzonderingen op deze principes.¹⁰⁹

63. Ook in de wet tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden van 30 juli 1981¹¹⁰ en in de wet van 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkenen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duits nationaal-socialistische regime is gepleegd¹¹¹ werd bepaald dat het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding en de instellingen van openbaar nut en de verenigingen die op de dag van de feiten sedert ten minste vijf jaar rechtspersoonlijkheid bezitten en zich statutair tot doel stellen de rechten van de mens te verdedigen of discriminatie te bestrijden, respectievelijk de morele belangen en de eer van het verzet of van de gedeporteerden te verdedigen, in rechte kunnen optreden in alle rechtsgeschillen waartoe de toepassing van de wet aanleiding kan geven.¹¹² Wanneer het om daden van racisme in individueel verband gaat, kan de rechtspersoon alleen optreden met instemming van het slachtoffer.¹¹³

Het toekennen van het recht om in rechte op te treden, houdt in dat deze verenigingen zich voor de onderzoeksrechter burgerlijke partij kunnen stellen, dat zij verdachten rechtstreeks kunnen dagvaarden voor de correctionele rechtbank en dat zij, wanneer de strafvordering reeds werd inge-

steld, zich kunnen voegen als burgerlijke partij.¹¹⁴ De vereniging of instelling hoeft geen eigen schade te bewijzen. Het louter feit dat afbreuk is gedaan aan hetgeen zij statutair nastreven, volstaat.¹¹⁵

De gewone regelen zijn van toepassing: de burgerlijke partij dient een borgsom te storten voor de gerechtskosten wanneer zij de zaak in gang zet; zij kan in beroep gaan tegen een beslissing tot buitenvervolginstelling door de onderzoeksgerechten, e.d.m.¹¹⁶

64. Wat de voorwaarden betreft die in de wet ertoe strekkende het geweld tussen partners tegen te gaan, worden gesteld aan de verenigingen en instellingen van openbaar nut, kan worden opgemerkt dat geen rekening werd gehouden met tal van bedenkingen die werden geuit tijdens de parlementaire besprekingen, zoals het voorstel van het adviescomité voor gelijke kansen voor vrouwen en mannen om dit recht te beperken tot hulporganisaties die zich in hun werking expliciet richten op de hulp aan slachtoffers van echtelijk geweld.¹¹⁷ Het comité vroeg zich immers af of bij andere instanties, die hulp en informatie verstrekken bij gezinsmoeilijkheden en die een vertrouwensrelatie dienen uit te bouwen met beide partners, de mogelijkheid om voor een van beide echtgenoten gerechtelijk op te treden, verenigbaar is met hun werking.¹¹⁸

Het voorstel om als voorwaarde te stellen dat de instellingen van openbaar nut en de verenigingen erkend of gesubsidieerd door de bevoegde overheid dienen te zijn,¹¹⁹ werd niet verantwoord geacht.¹²⁰ Men vreesde dat dit de verenigingen zou verlammen terwijl ze juist moeten worden geholpen bij het uitvoeren van hun opdracht.¹²¹

65. De vereniging of instelling van openbaar nut kan slechts in rechte optreden wanneer zij daartoe de instemming heeft van het slachtoffer en slechts zolang die instemming niet wordt ingetrokken.

66. Men kan zich afvragen of de voorwaarde van instemming het doel van het verlenen van een vorderingsrecht aan hulporganisaties niet volledig uitholt.

¹⁰⁶ Cass. 24 november 1982, *Arr. Cass.* 1982-83; 409; Cass. 19 november 1982, *Arr. Cass.* 1982-83; 372; Cass. 9 november 1983, *Arr. Cass.* 1983-84; 288; Cass. 13 mei 1986, *Arr. Cass.* 1985-86; 1234; R. VERSTRAETEN, *De burgerlijke partij en het gerechtelijk onderzoek*, 485 en 80 e.v.

¹⁰⁷ Cass. 13 mei 1986, *Arr. Cass.* 1985-86; 1234; R. VERSTRAETEN, *De burgerlijke partij en het gerechtelijk onderzoek*, 86.

¹⁰⁸ R. VERSTRAETEN, *ibid.*

¹⁰⁹ B. DEJEMPE, «De bestraffing van racistische gedragingen: stand van zaken anno 1996», *Panopticon* 1996, 335. In sommige gevallen is het niet het openbaar ministerie dat het recht tot vervolging heeft, maar wel een andere instantie, bijvoorbeeld inzake douane en accijnzen.

¹¹⁰ Gewijzigd door de wet van 15 februari 1993 (*B.S.* 19 februari 1993) en de wet van 12 april 1994 (*B.S.* 14 mei 1994), art. 5.

¹¹¹ Art. 4.

¹¹² Inzake racisme kunnen sedert de wet van 12 april 1994 in bepaalde gevallen ook de representatieve werknemers- en werkgeversorganisaties, beroepsorganisaties of organisaties van de zelfstandigen in rechte optreden.

¹¹³ BOUTMANS, E., o.c., 46; art. 5 van de wet van 30 juli 1981 zoals gewijzigd door de wet van 12 april 1994.

¹¹⁴ B. DEJEMPE, «De bestraffing van racistische gedragingen: stand van zaken anno 1996», *Panopticon* 1996, 335; E. BOUTMANS, «De toepassingsmogelijkheden van de Racisme-wet», *Panopticon* 1989, 45; BATSELE, D., HANOTIAU, M. en DAURMONT, O., «La lutte contre le racisme et la xenophobie, mythe ou réalité?», *Rev. Trim. Dr.H.* 1991, 459.

¹¹⁵ BOUTMANS, E., o.c., 45.

¹¹⁶ BOUTMANS, E., o.c., 45; VANDEPLAS, A., «Consignatie van de burgerlijke partij» in *Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer: Strafrecht en Strafvordering*; VERSCHUEREN, C., «Buitenvervolginstelling» in *Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer: Strafrecht en Strafvordering*, 13-15.

¹¹⁷ Bijvoorbeeld vluchthuizen en organisaties die slachtoffers van mishandeling opvangen.

¹¹⁸ *Parl. St.* Senaat, 1995-96, nr. 269/2; opgenomen in amendement nr. 6 van mevrouwen Maximus en Delcourt-Pêtre, *Parl. St.* Senaat, 1996-97, nr. 269/3.

¹¹⁹ Amendement nr. 10 van mevrouw Milquet, *Parl. St.* Senaat, 1996-97, nr. 269/3.

¹²⁰ De verenigingen die specifiek de verdediging van de vrouwen op zich nemen, zijn algemeen bekend en er zullen waarschijnlijk geen nieuwe verenigingen ontstaan de eerstkomende jaren.

¹²¹ *Parl. St.* Senaat, 1996-97, nr. 269/4.

Ook bij de racisme-wet werd reeds de opmerking gemaakt dat de toestemmingsvereiste, bij daden van racisme in individueel verband, enigzins in contradictie is met het doel van de bijzondere bevoegdheid van verenigingen om in rechte op te treden.¹²² Het verschil met een gewone burgerlijke partijstelling is niet zeer groot als het slachtoffer toch zijn (schriftelijke) instemming zal moeten geven.¹²³

Het adviescomité voor gelijke kansen voor vrouwen en mannen argumenteerde dat slachtoffers die niet zelf klacht indienen omdat zij vrezen voor represailles, er allicht ook voor zullen terugschrikken een hulporganisatie formeel toestemming te verlenen dit in hun plaats te doen.¹²⁴ Voor de slachtoffers die zich in acuut gevaar bevinden en die fysiek of psychisch geïsoleerd zijn, is het trouwens vaak onmogelijk om de toestemming te verlenen.¹²⁵

Bovendien kan de dader het slachtoffer dwingen zijn toestemming in te trekken, waardoor de hulporganisaties niet meer in rechte zal kunnen optreden. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat, indien door de hulporganisaties met toestemming van het slachtoffer de strafvordering werd ingesteld, via een klacht met burgerlijke partijstelling of via een rechtstreekse dagvaarding, de latere intrekking van de toestemming door het slachtoffer slechts tot gevolg heeft dat de organisatie niet meer in rechte kan optreden.¹²⁶ Over de strafvordering, die geldig werd ingesteld, zal uitspraak moeten worden gedaan.¹²⁷ Er zal zich eventueel wel een probleem kunnen voordoen inzake het bewijs.¹²⁸

67. Een ander probleem inzake de instemming rijst op het vlak van het bewijs. Hoe gaan de organisaties bewijzen dat zij de toestemming van het slachtoffer hebben? De toestemming zal best vooraf schriftelijk worden gegeven teneinde bewijsmoeilijkheden te vermijden. Hoe bewijst men dat de toestemming nog steeds aanwezig is? Hierbij zal de rechtspraak mijns inziens ervan moeten uitgaan dat, eens dat de instemming is gegeven, deze wordt geacht te blijven bestaan, tenzij wordt aangetoond dat zij werd ingetrokken.¹²⁹

Indien de strafvordering enkel op gang werd gebracht door een organisatie, waarvan achteraf blijkt dat zij geen geldige

toestemming had verkregen van het slachtoffer, is de strafvordering onontvankelijk.¹³⁰

V. DE INWERKINGTREDING

68. De datum van inwerkingtreding van de wet van 24 november 1997 is 16 februari 1998, namelijk tien dagen na de publicatie in het *Belgisch Staatsblad*.¹³¹

Aangezien in geen overgangsregeling werd voorzien, moeten de algemene geldende principes worden toegepast.

69. Art. 2 en 3 van deze wet, die een strafverzwaring tot gevolg hebben, zijn slechts toepasselijk op misdrijven die worden gepleegd na de inwerkingtreding van de wet.¹³²

70. Daar de wijze van vaststelling van misdrijven noodzakelijkerwijze wordt geregeld door de ten tijde van de vaststelling geldende wetgeving, kan een wet tot wijziging van die wijze van vaststelling geen toepassing vinden op vóór de inwerkingtreding van die wet gedane vaststelling.¹³³ Art. 4, 5 en 6 van de wet ertoe strekkende het geweld tussen partners tegen te gaan, zijn derhalve slechts van toepassing op de vaststellingen (of onderzoeksdagen) gebeurd vanaf 16 februari 1998, ongeacht of het misdrijf vóór of na deze datum werd gepleegd.

71. Art. 7 inzake het vorderingsrecht van verenigingen is van toepassing op de misdrijven waarvoor nog geen in kracht van gewijsde gegane beslissing van het vonnisgerecht een einde heeft gemaakt aan de procedure. Het spreekt voor zichzelf dat het vorderingsrecht van de verenigingen slechts geldig kan worden uitgeoefend vanaf 16 februari 1998, datum van inwerkingtreding van de wet. Wanneer op 16 februari 1998 de zaak van partnergeweld reeds in beroep bij het vonnisgerecht aanhangig was, zal een vereniging zich niet geldig burgerlijke partij kunnen stellen voor de appelrechter.¹³⁴ Een burgerlijke partijstelling bij een vonnisgerecht kan immers niet voor het eerst in beroep gebeuren.¹³⁵

VI. BESLUIT

72. Het feit dat men iets wenst te doen aan het geweld tussen partners, is lovenswaardig. Of een «symboolwet» daar toe de beste wijze is, is een andere vraag.

Tijdens de parlementaire besprekingen werd verklaard dat het hoe dan ook belangrijk is dat de wetgever op dit vlak een initiatief neemt, ongeacht de juridische obstakels en problemen, en dat niets een latere wijziging van de wet belet, mocht

¹²² De slachtoffers van dergelijke handelingen zijn vaak in een marginale positie gedrongen en durven geen klacht indienen uit schik voor nog meer discriminatie.

¹²³ BOUTMANS, E., o.c., 46; BATSELE, D., HANOTIAU, M. en DAURMONT, O., «La lutte contre le racisme et la xenophobie, mythe ou réalité?», *Rev. Trim. Dr. H.*, 1991, 463.

¹²⁴ *Parl. St.* Senaat, 1995-96, nr. 269/2.

¹²⁵ *Parl. St.* Senaat, 1995-96, nr. 269/2.

¹²⁶ Voor de rechtbank verschijnen, hoger beroep instellen, e.d.m.

¹²⁷ De raadkamer zal moeten oordelen over een eventuele wijziging naar het vonnisgerecht; de correctionele rechtbank zal uitspraak moeten doen.

¹²⁸ Indien bijvoorbeeld de verklaring van het slachtoffer een van de belangrijkste bewijsmiddelen is en het slachtoffer niet meer wenst mee te werken of de feiten ontkent en stelt dat zij gelogen heeft, zal men moeilijker kunnen bewijzen dat er geweld werd gepleegd.

¹²⁹ Voor de dader zal dit meestal geen probleem zijn, aangezien het slachtoffer de instemming meestal zal intrekken als het zich opnieuw verzoend heeft met de dader. De dader kan aldus aan zijn partner vragen om een papier te ondertekenen waarin zij haar toestemming intrekt.

¹³⁰ De raadkamer zal een ontslag van onderzoek uitspreken of het vonnisgerecht zal de strafvordering onontvankelijk verklaren. Als het openbaar ministerie daarentegen eveneens, op regelmatige wijze, een gerechtelijk onderzoek heeft gevorderd (of rechtstreeks heeft gedagvaard) zal de strafvordering wel onontvankelijk zijn.

¹³¹ 6 februari 1998; DUPONT, L., *Beginselen van strafrecht*, Leuven, Acco, 1994, I, 50.

¹³² Art. 2, eerste lid, Sw.; DUPONT, L., o.c., 52.

¹³³ Cass. 7 september 1994, *P&B*. 1995, 11; Cass. 16 juni 1975, *Arr. Cass.* 1975, 1096.

¹³⁴ Indien op de datum van inwerkingtreding van de wet de procedure in eerste aanleg werd afgehandeld, kon een vereniging vanzelfsprekend ook geen geldig hoger beroep instellen.

¹³⁵ Bij de regeling van de rechtspleging door de onderzoeksrechten kan men zich daarentegen wel voor het eerst burgerlijke partij stellen in beroep, voor de kamer van inbeschuldigingstelling.

dat nodig blijken op basis van de ontwikkelingen in de rechtspraak.¹³⁶

Het probleem is echter dat de werkgever teveel rekent op het inzicht en het gezonde verstand van de rechters en raadsheeren en dat daarom niet voldoende wordt nagedacht over een hanteerbare formulering.

Mijns inziens zal de rechter die de wet wil toepassen zoals ze bedoeld is, soms in tegenspraak komen met de principes van de bewijslast inzake misdrijven.¹³⁷

Het feit dat aan de hulporganisaties een vorderingsrecht wordt toegekend, terwijl de wetgever zelf niet weet wat de inhoud van dit recht is, stuit helemaal tegen de borst. Bij dis-

cussies over dit recht zal alleszins geen beroep kunnen worden gedaan op de parlementaire voorbereidingsstukken.

Het lijkt trouwens de laatste jaren een algemene tendens te zijn om onder druk van de maatschappij, van de publieke opinie, en derhalve veel te vlug, allerlei wetten te maken, terwijl de «wetgever» zelf nauwelijks of slecht is geïnformeerd. Achteraf blijken er dan allerlei hiaten in de wet te zitten, of inbreuken op bepaalde fundamentele principes, e.d.m. Mijns inziens is dit zeker geen goede evolutie. De wetgever zou beter iets langer nadenken over bepaalde probleemsituaties en oplossingen zoeken en erover discussiëren met kennis van zaken. Bovendien zouden bepaalde wijzigingen niet mogen aangenomen of verworpen worden op grond van politieke argumenten, maar eerder op grond van juridisch-technische of menselijke argumenten.

Dit alles neemt niet weg dat de hier besproken wet, hoewel niet perfect, zeker een hart onder de riem zal zijn voor de talloze vrouwen die dagelijks met het geweld van hun partner worden geconfronteerd.

Conny VERSCHUEREN

Advocaat

Deeltijds assistente K.U.Leuven

¹³⁶ Algemene bespreking, *Parl.St.* Senaat, 1996-97, 269/4.

¹³⁷ Bijvoorbeeld om te bewijzen dat dader en slachtoffer een duurzame affectieve en seksuele relatie hebben of hadden.

RECHTSPRAAK

BENELUX-GERECHTSHOF

17 DECEMBER 1998

Voorzitter: de h. Kayser

Openbaar ministerie: de h. du Jardin

Dwangsom – Hoofdelijke verbintenis – Opleggen van een dwangsom aan ieder der veroordeelde partijen

De rechter die een hoofdelijke veroordeling uitspreekt, kan aan ieder van de veroordeelde partijen een dwangsom opleggen voor het geval niet aan de hoofdveroordeling wordt voldaan.

Van Der K. en B. t/ Stad Gent

Conclusie van advocaat-generaal J. du Jardin

Ten aanzien van de feiten en van het verloop van het geding

Roland Van Der K. en Patricia B. werden bij arrest van het Hof van Beroep te Gent, gewezen op 20 oktober 1995, tot een geldboete veroordeeld wegens overtreding van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en de stedenbouw (verkort: Wet Ruimtelijke Ordening en Stedenbouw).

De strafrechter veroordeelde tevens de twee beklaagden hoofdelijk tot het herstel van de plaats in de vorige staat, en subsidiair ieder beklaagde afzonderlijk tot de betaling van

een dwangsom per dag vertraging in de naleving van het bevel tot herstel.

In hun cassatieberoep komen beide veroordeelden op tegen die laatste beslissing: zij opperen dat het opleggen van een dwangsom tegen elke veroordeelde afzonderlijk een schending van art. 1385bis e.v. Ger.W. oplevert.

Het Hof van Cassatie heeft, bij arrest gewezen op 9 september 1997, beslist dat de beoordeling van de wettigheid van de bestreden beslissing een interpretatie vergt van art. 1385bis, eerste lid, Ger.W., wetsbepaling die op 1 maart 1980 in werking is getreden, tegelijkertijd met, voor België, de Benelux-Overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom en de bij die overeenkomst horende eenvormige wet.

De zowel in art. 1385bis, eerste lid, Ger.W., als in art. 1, § 1 van de eenvormige wet vervatte rechtsregel is een voor België, Nederland en Luxemburg gemeenschappelijke rechtsregel in de zin van art. 1 van het verdrag betreffende de instelling en het statuut van het Benelux-Gerechtshof.

Voor de interpretatie van voormelde rechtsregel, die niet kan geschieden zonder een uitleg van de eenvormige wet betreffende de dwangsom, stelt het Hof van Cassatie aan het Benelux-Gerechtshof de volgende prejudiciële vraag: «Kan de rechter beklaagden die hij hoofdelijk heeft veroordeeld tot een hoofdveroordeling, ieder afzonderlijk veroordelen tot betaling van een dwangsom?»

Ten aanzien van het recht

In de opzet van de Belgische Wet Ruimtelijke Ordening en Stedenbouw, is het bevel tot herstel van de plaats in de vorige staat bedoeld als een maatregel die, hoewel van bur-

gerrechtelijke aard, tot de strafvordering behoort, aangezien de wet zelf tot bescherming van het algemeen belang strekt, namelijk de verwezenlijking van een goede ruimtelijke ordening. Het bevel tot herstel wordt derhalve door de strafrechter uitgesproken, als verplichte aanvulling van de strafrechtelijke veroordeling (arrest A 90/1 Benelux-Gerechtshof van 6 februari 1992, *Benelux-Gerechtshof, Jurisprudentie*, 1992, p. 29 e.v., en de conclusie van advocaat-generaal Janssens de Bisthoven; zie ook de conclusies van advocaat-generaal Dumon, voor het arrest A 81/6 van 11 mei 1982, en van advocaat-generaal Wampach, voor het arrest A 87/1 van 1 juli 1988).

Het door de strafrechter inzake stedenbouw aan de veroordeelde gegeven bevel tot herstel houdt ook een hoofdveroordeling in, als bedoeld in art. 1385bis Ger.W., waarbij het opleggen van een dwangsom als subsidiaire maatregel kan worden voorzien om de tenuitvoerlegging van het gegeven bevel te verzekeren (art. 1, § 1, eenvormige wet behorende bij de Benelux-Overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom; art. 1385bis Ger.W.; zie bv. Cass., 29 oktober 1996, *Arr. Cass.*, 1996, nr. 406).

Te dezen werd het bevel tot herstel tegen beiden veroordeelden hoofdelijk uitgesproken, en de dwangsom tegen elke veroordeelde afzonderlijk.

Indien de strafrechter de hoofdelijkheid kan uitspreken m.b.t. de hoofdveroordeling, wordt, in het huidige geval, betwist dat hij er anders over kan beslissen m.b.t. de subsidiair opgelegde dwangsom.

Niets verzet zich nochtans daartegen, omdat beide maatregelen geheel verschillend zijn in essentie en in opzet:

Verscheidend in essentie, omdat de herstelmaatregel, als verplichting om iets te doen, uiteraard *in rem* is bedoeld, en mitsdien een ondeelbaar karakter heeft.

De uitvoering van de verplichting door een van de veroordeelden, bevrijdt overigens, de anderen van hun verplichting; wanneer de plaats in de vorige staat is hersteld, heeft het bevel inderdaad geen voorwerp meer.

Met de subsidiaire veroordeling tot een dwangsom gaat het anders. De ondeelbaarheid van de hoofdveroordeling heeft niet tot gevolg dat de dwangsom daardoor ondeelbaar zou moeten zijn.

Omdat zij uiteraard *ad personam* is gericht, vertoont de dwangsom geen ondeelbaar karakter. Zij is, integendeel, essentieel deelbaar (Ballon, G.L., *Dwangsom*, in *A.P.R.*, 1980, nr. 174).

Ook verschillend in opzet, omdat de herstelmaatregel tot doel heeft de plaats in de vorige staat te doen herstellen, waartoe de veroordeelden hoofdelijk kunnen worden gehouden, terwijl de dwangsom tot doel heeft de veroordeelde, tegen wie zij is uitgesproken, attent te maken op zijn persoonlijke verplichting het bevolen herstel effectief ten uitvoer te leggen.

De dwangsom, bedoeld als een doeltreffend middel om de nakoming van een rechterlijke uitspraak te verkrijgen, is zo opgevat dat «de veroordeelde zich bedreigd ziet met de verplichting een bedrag te betalen» (Gemeenschappelijke memorie van toelichting, Hoofdstuk III, A., Algemene opmerkingen).

In dit opzicht kan de rechter niet anders dan de dwangsom *individualiter* uitspreken, in zoverre zij verbonden is aan de persoonlijke verplichting van de veroordeelde tegen wie de rechter de dwangsom heeft opgelegd.

De omstandigheid dat het bevolen herstel uiteraard *in rem* is gericht, staat er derhalve niet aan in de weg dat de subsidiaire maatregel van de betaling van een dwangsom aan een van de veroordeelden zou worden opgelegd, en aan de anderen niet, of, zoals te dezen, aan elke veroordeelde afzonderlijk, hoewel het bevel tot herstel hoofdelijk werd uitgesproken.

Het *individualiter* opleggen van de dwangsom kan bv. uit art. 4.1 van de eenvormige wet worden afgeleid: «De rechter die een dwangsom heeft opgelegd kan (...) de dwangsom opheffen, de looptijd ervan opschorten (...) ingeval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen».

De individualisering van de dwangsom wordt nog bevestigd door het feit dat de rechter, om de hoogte van de dwangsom vast te leggen, zich richt, niet alleen naar de aard van de omstandigheden van het geval, maar ook «in het bijzonder naar de financiële toestand en het gedrag van de schuldenaar» (memorie van toelichting van art. 1).

Besluit

De dwangsom wordt door de rechter t.a.v. de veroordeelde *individualiter* opgelegd.

De besissing die de beklaagden hoofdelijk veroordeelt tot het herstel van de plaats in de vorige toestand, heeft geen weerslag op de beslissing m.b.t. de dwangsom.

De omstandigheid dat een dwangsom aan elke veroordeelde afzonderlijk wordt opgelegd, wijzigt niets aan de toepassing van art. 1385bis, Ger.W. en kan derhalve de interpretatie van die gemeenschappelijke rechtsregel ook niet aan de orde stellen.

De prejudiciële vraag dient bevestigend te worden beantwoord:

De rechter die de beklaagden hoofdelijk heeft veroordeeld tot een hoofdveroordeling, kan ieder van hen afzonderlijk veroordelen tot betaling van een dwangsom.

Arrest

1. Gezien het arrest op 9 september 1997 door de tweede kamer van het Hof van Cassatie van België gewezen in de zaak van 1) Van der K. Roland; 2) B. Patricia, beiden wonende te Gent,..., beklaagden, eisers, tegen 1) het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent; 2) de stad Gent, Botermarkt 1, burgerlijke partij, bij welk arrest, overeenkomstig art. 6 van het verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof, hierna te noemen «het Verdrag», aan dit Hof een vraag van uitleg van de Eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom wordt gesteld;

Ten aanzien van de feiten

2. Overwegende dat de feiten blijkens het arrest kunnen worden samengevat als volgt:

Van der K. en B. zijn, na een veroordeling wegens overtreding van de Stedenbouwwet, op vordering van de gemachtigde ambtenaar hoofdelijk veroordeeld tot het herstel van de plaats in haar vorige staat binnen een termijn van zes

maand ingaande de dag waarop de veroordeling in kracht van gewijsde zal zijn getreden.

Ieder is daarbij (afzonderlijk) veroordeeld tot betaling van een dwangsom van 2.000 frank per dag vertraging in de naleving van het bevel tot herstel.

Het arrest gaat ervan uit dat de verplichting de plaats in haar vorige staat te herstellen materieel niet voor verdeling vatbaar is in de zin van art. 1217 Belgisch B.W.;

Ten aanzien van het verloop van het geding

3. Overwegende dat het Hof van Cassatie het Benelux-Gerechtshof in het arrest verzoekt over onderstaande vraag van uitleg uitspraak te willen doen: «Kan de rechter beklaagden die hij hoofdelijk heeft veroordeeld tot een hoofdveroordeling, ieder afzonderlijk veroordelen tot betaling van een dwangsom?»

4. Overwegende dat het Hof, overeenkomstig art. 6, vijfde lid, van het Verdrag, aan de ministers van Justitie van België, Nederland en Luxemburg een door de griffier gewaarmerkt afschrift van het arrest van het Hof van Cassatie heeft gezonden;

5. Overwegende dat de partijen in de gelegenheid zijn gesteld schriftelijke opmerkingen te maken over de aan het Hof voorgelegde vraag; dat geen der partijen van die gelegenheid gebruik heeft gemaakt;

6. Overwegende dat advocaat-generaal J. du Jardin op 27 juli 1998 schriftelijk conclusie heeft genomen;

Ten aanzien van het recht

7. Overwegende dat art. 1, § 1, van de Eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom luidt: «De rechter kan op vordering van een der partijen de wederpartij veroordelen tot betaling van een geldsom, dwangsom genaamd, voor het geval dat aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan, onverminderd het recht op schadevergoeding indien daartoe gronden zijn. Een dwangsom kan echter niet worden opgelegd in geval van een veroordeling tot betaling van een geldsom»;

8. Overwegende dat de invoering van de dwangsom beantwoordt aan de behoefte aan een efficiënt middel om de uitvoering van rechterlijke bevelen of verboden af te dwingen, wanneer geen specifieke middelen daartoe voorhanden zijn, onder meer ter versteviging van de autoriteit van de rechter (zie arrest van 20 oktober 1997 in de zaak A 96/3, r.o. 12);

9. Dat uit de strekking van de dwangsom, zoals die onder 8 is weergegeven, volgt dat in geval van hoofdelijke veroordeling van twee of meer personen, in welk geval de schuldeiser van ieder van hen nakoming kan verlangen voor het geheel, ieder van die schuldenaars moet kunnen worden veroordeeld tot betaling van een dwangsom, opdat degene van wie de schuldeiser nakoming van de veroordeling verlangt, kan worden gedwongen tot de gehele uitvoering van die veroordeling;

10. Dat daaruit volgt dat de rechter die een hoofdelijke veroordeling uitspreekt, ieder van de veroordeelde partijen een dwangsom kan opleggen voor het geval niet aan de hoofdveroordeling wordt voldaan;

11. Dat bijgevolg de rechter die twee of meer personen hoofdelijk veroordeelt en voorts ieder van hen veroordeelt

tot betaling van een dwangsom, bij de bepaling van de dwangsom rekening kan houden met alle omstandigheden van het geval en de bijzondere omstandigheden van elke schuldenaar afzonderlijk, daaronder begrepen de omstandigheid dat ook de andere schuldenaar(s) tot betaling van een dwangsom is (zijn) veroordeeld en de omstandigheid dat de verbintenis ondeelbaar is;

12. Overwegende dat de door het Hof van Cassatie van België gestelde vraag moet worden beantwoord zoals hierna wordt vermeld;

...

Verklaart voor recht:

Art. 1, § 1, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom laat toe dat de rechter die ten laste van verschillende personen een hoofdelijke veroordeling uitspreekt, ieder van hen kan veroordelen tot betaling van een dwangsom voor het geval dat niet aan de hoofdveroordeling wordt voldaan.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 19 JANUARI 1998

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaat: mr. Bützler

Gezinsbijslag – Wezenbijslag – Overlevende ouder – Huwelijk – Feitelijke scheiding – Afzonderlijke woonplaats – Gerechtelijke bekrachtiging

Op de verhoogde kinderbijslag van een wees mag o.m. opnieuw aanspraak worden gemaakt, wanneer het huwelijk van de overlevende echtgenoot wordt gevolgd door een feitelijke scheiding, op voorwaarde dat die feitelijke scheiding werd bekrachtigd door een gerechtelijke beslissing die het echtpaar een afzonderlijke verblijfplaats aanwijst.

De feitelijke scheiding van gehuwde personen levert op zichzelf geen voldoende grond om de verhoogde wezenbijslag te ontvangen.

V.Z.W. K.D.F. t/ De S.

(...)

Gelet op het bestreden arrest, op 13 maart 1997 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

...

Overwegende dat, krachtens art. 56bis, § 2, eerste lid, van de samengeordende wetten betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders, de in § 1 bedoelde kinderbijslag wordt verleend tegen de bij art. 40 bepaalde bedragen, indien de overlevende vader of moeder een huwelijk aangaat of een huishouden vormt; dat uit die wetsbepaling volgt dat het belang van de kinderbijslag voor een wees wordt verminderd tot het bedrag van de gewone bijslag, wanneer de overlevende vader of moeder opnieuw in het huwelijk treedt of een huishouden vormt;

Overwegende dat, krachtens het tweede lid van voormeld art. 56bis, § 2, het ontvangen van de kinderbijslag voor een wees opnieuw mag worden ingeroepen, wanneer de in het eerste lid bedoelde oorzaken van uitsluiting opgehouden hebben te bestaan of wanneer het huwelijk van de overlevende ouder, die geen huishouden vormt, is gevolgd door een scheiding van tafel en bed of door een feitelijke scheiding, bekrachtigd door een gerechtelijke beschikking die het echtpaar een afzonderlijke verblijfplaats aanwijst;

Overwegende dat uit deze wettelijke bepalingen volgt dat de feitelijke scheiding van gehuwde personen op zichzelf geen voldoende grond oplevert om de verhoogde wezenbijslag te ontvangen; dat die feitelijke scheiding moet zijn bekrachtigd door een gerechtelijke beschikking die het echtpaar een afzonderlijke verblijfplaats aanwijst;

Overwegende dat het arrest vaststelt: 1) dat verweerster en A. T. in de op 22 november 1994 ondertekende voorafgaande overeenkomst bij echtscheiding bij onderlinge toestemming verklaarden dat zij gescheiden leven vanaf 3 december 1993; 2) dat zij in de procedure van echtscheiding bij onderlinge toestemming voor de eerste maal op 26 december 1994 voor de rechter zijn verschenen;

Overwegende dat het arrest oordeelt dat verweerster en A. T. feitelijk gescheiden leefden sedert 3 december 1993 en dat deze feitelijke scheiding werd bekrachtigd door het vonnis van 28 april 1995 waarbij de echtscheiding bij onderlinge toestemming werd uitgesproken; dat het op grond hiervan beslist dat verweerster opnieuw op de verhoogde wezenbijslag voor het kind Cindy S. gerechtigd is vanaf 1 januari 1994, zijnde de eerste van de maand volgend op de wijzigende gebeurtenis;

Overwegende dat het arrest, nu het niet vaststelt dat er op 1 januari 1994 een rechterlijke beschikking was die de feitelijke scheiding van verweerster en A. T. bekrachtigt, voormelde beslissing niet naar recht verantwoordt;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 5 MEI 1998

Voorzitter: de h. Holsters

Rapporteur: de h. D'Hont

Openbaar ministerie: de h. Goeminne

Advocaat: mr. Brondel

Wegverkeer – Parkeren – Blauwe zone – Beperkingen – Verhouding tussen art. 25 en 27 Wegverkeersreglement

Art. 25, 3°, Wegverkeersreglement verleent de bestuurder van het voertuig waarvan het inschrijvingsteken op de inrij van een eigendom is aangebracht, niet het recht voor onbepaalde duur voor deze inrij te parkeren, wat ook andere verkeersregels mogen bepalen.

Art. 25 Wegverkeersreglement, inzonderheid art. 25, 3°, en art. 27 Wegverkeersreglement, inzonderheid art. 27, 1°, sluiten elkaar niet uit of primeren elkaar niet, maar zijn tezamen toepasselijk.

O.M. t/ D.

Gelet op het bestreden vonnis, op 15 januari 1996 in hoger beroep door de Correctionele Rechtbank te Brugge gewezen;

...

Overwegende dat art. 25 Wegverkeersreglement gevallen van parkeerverbod bepaalt; dat inzonderheid art. 25, 3° verbiedt voertuigen te parkeren voor de inrij van eigendommen, behalve de voertuigen waarvan het inschrijvingsteken leesbaar op die inrij is aangebracht;

Dat voornoemd art. 25, 3° de bestuurder van het voertuig waarvan het inschrijvingsteken op de inrij van een eigendom is aangebracht, evenwel niet het recht verleent voor onbepaalde duur voor deze inrij te parkeren, wat ook andere verkeersregels mogen bepalen;

Overwegende dat art. 27 Wegverkeersreglement de beperkte parkeertijd bepaalt; dat inzonderheid art. 27.1 het parkeren regelt in een zone met beperkte parkeertijd, dit is de zogenaamde blauwe zone;

Overwegende dat art. 25 Wegverkeersreglement, inzonderheid art. 25, 3°, en art. 27 Wegverkeersreglement, inzonderheid art. 27.1, elkaar niet uitsluiten of primeren, maar tezamen toepasselijk zijn, wat de appèlrechters de dezen naar recht oordelen;

...

NOOT – Over parkeren in de blauwe zone

1. Geconfronteerd met een stijgend tekort aan parkeermogelijkheden introduceerde de wetgever in 1965 de zogenaamde blauwe zone in het Belgische verkeersrecht (R. Poté, *Veilig en leefbaar verkeer – Van droom naar werkelijkheid*, Leuven, Acco, 1988, 193 e.v.). De bestuurders dienen hun parkeerplaats in deze zone te verlaten uiterlijk op het door het parkeerschijf aangeduide uur, zodat regelmatig plaatsen vrijkomen (art. 27.1.2., 2°, Wegverkeersreglement).

In bovenstaande zaak rees de vraag of een persoon die zijn voertuig in de blauwe zone voor zijn garage parkeert, en aldus een plaats inneemt waarop krachtens art. 25.3°, Wegverkeersreglement niemand anders mag parkeren, gehouden is zijn parkeerschijf te gebruiken en na de toegelaten tijd de plaats vrij te maken.

2. In een soortgelijke zaak besliste de Politie rechtbank te Luik dat de bepalingen i.v.m. de blauwe zone niet van toepassing zijn op het voertuig dat overeenkomstig art. 25.3°, Wegverkeersreglement voor de inrij van een eigendom is geparkeerd (Pol. Luik, 7 november 1966, *Jur. Liège*, 1966-67, 104, met noot; in dezelfde zin: Pol. Rijsel, 29 september 1964, *J.T.*, 1965, 645, met noot).

3. In bovenstaand arrest beslist het Hof van Cassatie dat de hierboven vermelde bepalingen van het Wegverkeersreglement elkaar niet uitsluiten of primeren, maar tezamen toepasselijk zijn, zodat de persoon die zijn voertuig voor zijn eigen garage heeft geparkeerd, niet vrijgesteld is van de verplichtingen die moeten worden nageleefd in de blauwe zone. Ook in Frankrijk oordeelde het Hof van Cassatie in die zin (Cass., Fr. 1 december 1965, *D.*, 1966, 65).

4. Al heeft de wetgever niet uitdrukkelijk bepaald dat de verplichtingen i.v.m. de blauwe zone niet van toepassing zijn wanneer een voertuig overeenkomstig art. 25.3°, Wegverkeersreglement voor de inrij van een eigendom is gepar-

keerd, toch mag het duidelijk zijn dat men, door een autobestuurder te verplichten na verloop van tijd die plaats vrij te maken waar voor alle andere autobestuurders een parkeerverbod geldt, het doel voorbijgaat dat met het instellen van de blauwe zone werd beoogd, namelijk het kunnen aanbieden van zoveel mogelijk parkeerplaatsen.

5. Hier past een verwijzing naar twee vonnissen van de Politie rechtbank te Hasselt. Zoals bekend, houdt elk misdrijf, ook al is de omschrijving ervan louter materieel, een moreel bestanddeel in en kan het niet strafbaar zijn alleen maar doordat het materiële feit is gepleegd (zie Cass., 12 mei 1987, *R.W.*, 1987-88, 538, met conclusie van de advocaat-generaal J. Du Jardin). Uitgaande van dit beginsel, besliste de politierechter dat de bestuurder die haar voertuig had geparkeerd voor haar garage, zonder de verplichte parkeerschijf te gebruiken, weliswaar een materiële overtreding beging van de bepalingen i.v.m. de blauwe zone, maar dat bij deze bestuurder – die volgens het vonnis zelfs van mening kon zijn de leefbaarheid van het verkeer te bevorderen door een plaats te bezetten waar niemand anders, met of zonder parkeerschijf, kon parkeren – de «minimale schuldvorm» niet aanwezig was, zodat zij diende te worden vrijgesproken (Pol. Hasselt, 8 februari 1991, *Verkeersrecht*, 1992, 136). In dezelfde zin sprak de Hasseltse Politie rechtbank een bestuurder vrij die zijn wagen voor de inrij van zijn eigendom had geparkeerd in een parkeergebied dat was voorbehouden aan provincieraadsleden. Het vonnis verduidelijkt dat schuld een bepaald bewustzijn van fout impliceert, evenals een bepaald opzet de verkeersregels te miskennen en de verkeersdiscipline te schaden, hetgeen niet het geval was voor deze bestuurder, die niet anders kon dan geloven dat hij geen schade toebrengt aan de verkeersordening door zijn auto te parkeren op een plaats waar niemand anders dat mocht (Pol. Hasselt, 18 november 1988, *T. Vred.*, 1991, 393).

Deze rechtspraak bekoort in zoverre, met redenen die niet strijdig zijn met het hier besproken arrest van het Hof van Cassatie, dat een bestwistbare veroordeling wordt voorkomen.

Bruno De Gryse

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 17 DECEMBER 1998

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Forrier

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaat: mr. Geinger

Echtscheiding – Overspel – 1. Begrip – Homoseksuele relaties – 2. Vaststelling – Toepassing van art. 1016bis Ger.W. – Verenigbaarheid met art. 8, eerste lid, E.V.R.M.

1. Voor overspel, in de zin van art. 229 B.W., is niet noodzakelijk vereist dat een gehuwde persoon geslachtsgemeenschap heeft met iemand van het andere geslacht, die niet zijn echtgenoot is.

2. Omdat overspel tussen personen van het verschillende geslacht mogelijk is, kan een dergelijk overspel worden vastgesteld met toepassing van art. 1016bis Ger.W. Een dergelijke vaststelling vormt op zichzelf geen schending van art. 8, eerste lid, E.V.R.M.

V.D.B. t/ J.

Gelet op het bestreden arrest, op 10 februari 1997 gewezen door het Hof van Beroep te Gent;

...

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat krachtens art. 229 B.W. ieder der echtgenoten de echtscheiding kan vorderen op grond van overspel door de andere echtgenoot gepleegd;

Overwegende dat die sanctie voor het overspel het gevolg is van de bij art. 213 B.W. bepaalde plicht dat echtgenoten jegens elkaar getrouwheid verschuldigd zijn;

Dat die plicht van getrouwheid ook onderstelt dat echtgenoten slechts met elkaar seksuele relaties hebben;

Dat uit dit alles volgt dat voor overspel, in de zin van art. 229 B.W., niet noodzakelijk vereist is dat een gehuwde persoon geslachtsgemeenschap heeft met iemand van het andere geslacht, die niet zijn echtgenoot is;

Overwegende dat, nu toch overspel tussen personen van hetzelfde geslacht mogelijk is, een dergelijk overspel met toepassing van art. 1016bis Ger.W. kan worden vastgesteld;

Overwegende dat het arrest dat anders beslist de art. 229 B.W. en 1016bis Ger.W. schendt;

Dat het onderdeel gegrond is;

Wat het vierde onderdeel betreft:

Overwegende dat krachtens art. 8, eerste lid, E.V.R.M. eenieder recht heeft op eerbiediging van zijn privé-leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling;

Dat krachtens art. 8, tweede lid, van datzelfde verdrag de inmenging van enig openbaar gezag toegestaan is met betrekking tot dit recht, voor zover de wet daarin voorziet en in een democratische samenleving nodig is, onder meer voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen;

Overwegende dat de bij art. 1016bis Ger.W. bedoelde vaststelling van overspel op zichzelf geen schending is van art. 8, eerste lid, E.V.R.M., ook niet wanneer die vaststelling betrekking heeft op het overspel van een echtgenoot met iemand van hetzelfde geslacht; dat een dergelijke vaststelling immers geschiedt op grond van een wet en ter bescherming van de rechten van de echtgenoot;

Overwegende dat het arrest dat anders beslist, art. 8 E.V.R.M. schendt;

...

NOOT – Uitbreiding van het begrip overspel tot homoseksuele relaties: een gelukkige tussenkomst van het Hof van Cassatie

1. De steeds groeiende controverse in de rechtspraak en rechtsleer omtrent het antwoord op de vraag of overspel tussen personen van hetzelfde geslacht mogelijk is, liet vermoeden dat een expliciete stellingname dienaangaande nakende was (J. Jespers, «Binnen zonder kloppen? De vaststelling van overspel door de gerechtsdeurwaarder: zes jaar praktijk», in *Liber Amicorum Marcel Briers*, Gent, Mys en Breesch, 1993, 239; voor een overzicht van de stand van meningen: *Vr. en Antw.*, Senaat, 1997-98, 3 februari 1998, 3368, Vraag nr. 173, Anciaux). In het geannoteerde arrest van 17 december 1998 beantwoordt het Hof van Cassatie deze vraag alvast duidelijk bevestigend en leidt hier, logischerwijze, uit af dat een dergelijk overspel kan worden vastgesteld met toepassing van art. 1016bis Ger.W. Precies de vraag of homo-

seksuele betrekkingen het voorwerp kunnen uitmaken van een vaststelling bij gerechtsdeurwaardersexploot, werd immers op verschillende manieren beantwoord door onze rechtscolleges. Dit was ook het geval in de zaak die heeft geleid tot het geannoteerde arrest. Een man had aan de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Oudenaarde machtiging gevraagd de «overspelige» verhouding van zijn echtgenote met een andere vrouw te laten vaststellen. Nadat de aangestelde gerechtsdeurwaarder de nodige vaststellingen had verricht, had de man de echtscheiding op grond van art. 229 B.W. verkregen. Het Hof van Beroep te Gent besliste echter in een arrest van 10 februari 1997 dat, gelet op het feit dat in de huidige stand van zaken het overspel nog steeds geslachtsgemeenschap vereist van een gehuwde persoon met iemand van het andere geslacht die niet zijn echtgenoot is, en de procedure van art. 1016bis Ger.W. strikt moet worden geïnterpreteerd, omdat ze een potentiële inbreuk op het recht op bescherming van de privacy in de zin van art. 8 E.V.R.M. inhoudt, de bewijsmogelijkheid van art. 1016bis Ger.W. niet kan worden gebruikt om een lesbische verhouding vast te stellen. De vaststellingen van de gerechtsdeurwaarder werden bijgevolg uit de debatten geweerd en de «bedrogen» echtgenoot werd toegelaten tot het getuigenverhoor. Het Hof van Cassatie verwierpt echter deze zienswijze door een principiële stellingname omtrent de interpretatie van het begrip «overspel».

2. Het besef dat het begrip «overspel» in de gebruikelijke en klassieke betekenis inderdaad de «voltrokken geslachtsgemeenschap impliceerde van een gehuwde persoon met iemand van het andere geslacht die niet zijn echtgenoot is», weerhield de meeste raadslieden ervan een verzoekschrift neer te leggen waarin wetens en willens machtiging werd gevraagd om een homoseksuele overspelige relatie te doen vaststellen. Het risico dat de voorzitter een dergelijk verzoek, zich hierbij baserende op de klassieke interpretatie van het begrip «overspel», zou afwijzen, was immers te groot (zie voor dergelijke afwijzingen: Bergen 29 maart 1988, *J.T.* 1988, 408 en *Rev.trim.dr.fam.* 1989, 385; Antwerpen 18 december 1995, *R.W.*, 1996-97, 364; Rb. Luik 2 september 1994, *Pas.*, 1994, III, 19, *Div. Act.*, 1995, 126 en *Rev.trim.dr.fam.*, 1996, 185; *Contra*, op impliciete wijze: Rb. Nijvel 9 mei 1995, *Div. Act.*, 1995, 127 en *J.T.*, 1995, 612; Rb. Nijvel 29 oktober 1996, *J.T.*, 1997, 116). Een dergelijke afwijzende beslissing kon echter op gemakkelijke wijze worden omzeild. Omdat art. 1016bis Ger.W. nergens bepaalt dat het geslacht van de vermoedelijke «medeplichtige-derde» dient te worden vermeld, werd aan de voorzitter machtiging gevraagd om een «overspelige relatie» te laten vaststellen. De verzoekende echtgenoot had er namelijk alle belang bij dat de gerechtsdeurwaarder de nodige vaststellingen kon doen van de homoseksuele relatie van zijn of haar partner. Eenmaal in het bezit van deze vaststellingen, zou vrij gemakkelijk het bewijs van grove beledigingen kunnen worden geleverd en ook de echtscheiding kunnen worden verkregen (zie in deze zin: Rb. Antwerpen 24 november 1994, *R.W.*, 1995-96, 509, met noot F. Aps; Rb. Nijvel 9 mei 1995, *Div. Act.*, 1995, 127 en *J.T.*, 1995, 612; Rb. Nijvel 29 oktober 1996, *J.T.*, 1997, 116). Het feit dat een homoseksuele relatie een zware belediging kan uitmaken, staat immers al lang niet meer ter discussie (Cfr. o.a.: Luik 6 juni 1984, *Jur.Liège*, 1984, 409; Bergen 29 maart 1988, *J.T.*, 1988, 408; Rb. Brussel 30 maart 1977, *R.W.*, 1997-78, 192, noot J.P.; R. Dekkers, *Handboek burgerlijk recht*, I, Brussel,

Bruylant, 1972, p. 181, nr. 277; J. De Bruyne, «Seksueel wan-gedrag als grond tot echtscheiding», *R.W.*, 1960-61, 926).

3. Reeds in een vorige annotatie werd deze praktische oplossing vanuit juridisch oogpunt bekritiseerd (F. Aps, «De vaststelling bij deurwaardersexploot van homoseksuele relaties in het kader van een echtscheidingsprocedure», (noot onder Rb. Antwerpen 24 november 1994), *R.W.*, 1995-96, 511). Indien het begrip «overspel» op het vlak van de machtiging eng wordt geïnterpreteerd, dient dezelfde enge interpretatie ook te worden aangenomen op het vlak van de vaststelling zelf. De gerechtsdeurwaarder is immers, overeenkomstig art. 1016bis, vierde lid, Ger.W., enkel gerechtigd en heeft tot taak om «de nodige vaststellingen te doen die wijzen op overspel». Welnu, in de traditionele opvatting kon het feit dat twee mannen of twee vrouwen werden aangetroffen, nooit tot vaststellingen leiden die wijzen op overspel. Dergelijke vaststellingen die buiten de strikte door de wet vooropgestelde vereisten worden gedaan, maken een ongeoorloofde aantasting van het privé-leven uit, en kunnen door de rechter die ermee wordt geconfronteerd dan ook op geen enkele wijze worden aangenomen als bewijs, zelfs niet als eenvoudige inlichting, en dienen uit de debatten te worden geweerd (P. Senaevé, «Vaststelling van overspel door gerechtsdeurwaarder», in *Personen- en familierecht. Artikels-gewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbladig, nr. 6.). In dat geval verdient de dan ook de voorkeur dat de gerechtsdeurwaarder in zijn proces-verbaal van vaststelling opnam dat hij geen dienstige objectieve vaststellingen had kunnen doen die wijzen op overspel (F. Aps, o.c., *R.W.*, 1995-96, 510, randnummer 3). Het feit dat het Hof van Cassatie bij arrest van 19 oktober 1995 bevestigd heeft dat een proces-verbaal van vaststelling van overspel als bewijsmiddel kan worden gebruikt voor een echtscheiding op grond van grove beledigingen (Cass., 19 oktober 1995, *R.W.*, 1995-96, 1036, *E.J.*, 1996, 34, noot P. Senaevé en *Arr.Cass.*, 1995, 905), doet hieraan geen afbreuk. Hiervoor is immers vereist dat het proces-verbaal van vaststelling zelf rechtsgeldig is totstandgekomen. Het vernietigde arrest van het Hof van Beroep te Gent had, rekening houdende met de toenmalige interpretatie van het begrip «overspel», deze principes correct toegepast en het proces-verbaal van vaststelling terecht uit de debatten geweerd. Het Hof verwierp hierbij de argumenten van de eizende echtgenoot, die onder meer aanvoerde dat, aangezien de vrouw geen derdenverzet had aangetekend tegen de beschikking waarbij de man werd gemachtigd om de lesbische verhouding van zijn echtgenote te doen vaststellen, de vaststellingen zelf thans niet meer uit de debatten zouden kunnen worden geweerd. Het Hof van Beroep te Gent besliste terecht dat het aan de rechter ten gronde toekomt om de aangebrachte bewijsmiddelen te beoordelen. De enige manier om de bedrogen echtgenoot zijn gelijk te doen halen, bestond er dan ook in aan het begrip «overspel» een vernieuwde interpretatie te geven. Het Hof te Gent voelde zich hier echter blijkbaar niet toe geroepen en liet, zoals later zou blijken, het initiatief aan het Hof van Cassatie.

4. Voormelde kunstgrepen dienen sinds de tussenkomst van het geannoteerde arrest niet meer te worden toegepast. Op grond van de overwegingen van het cassatiearrest van 17 december 1998 kan de verzoekende echtgenoot onmiddellijk in zijn verzoekschrift gewag maken van het feit dat hij zijn partner verdenkt van een overspelige homoseksuele re-

latie, zonder dat hij hierbij moet vrezen dat zijn verzoek enkel op die grond wordt afgewezen. Bovendien dienen in dezelfde hypothese, en in geval van een positieve betrapting, de gedragingen van de betrapte echtgenoot niet langer te worden gekwalificeerd als grove beledigingen, maar kunnen zij worden aangemerkt als overspel dat een grond tot echtscheiding vormt. Dit levert de eisende echtgenoot een gunstige positie op in de bewijsvoering. Weliswaar kan de echtgenoot die is tekortgeschoten in zijn getrouwheidsverplichting bijzondere omstandigheden en elementen aanvoeren die aan het overspel eventueel het beledigend karakter kunnen ontnemen (zie o.a. Cass. 8 maart 1984, *Pas.*, 1984, I, 801, *J.T.*, 1984, 426 en *Rev.trim.dr.fam.*, 1984, 297; Cass. 17 januari 1985, *R.W.*, 1985-86, 1565 en *Pas.*, 1985, I, 570), maar deze echtgenoot draagt hiervan zelf het bewijsrisico, omdat het overspel nog steeds wordt geacht beledigend te zijn (zie o.a. Cass. 4 september 1986, *Arr.Cass.*, 1986-87, 23 en *Pas.*, 1987, I, 23). Indien de vaststellingen van de gerechtsdeurwaarder door de rechter ten gronde niet worden gekwalificeerd als overspel, kan de eisende echtgenoot voortaan deze vaststellingen ook rechtsgeldig aanwenden als een bewijs inzake grove beledigingen.

5. Over de wenselijkheid van een uitbreiding van het begrip overspel tot homoseksuele geslachtsgemeenschap kan nauwelijks twijfel bestaan (F. Aps, *o.c.*, *R.W.*, 1995-96, 510, randnummer 5). Onze opvattingen over seksualiteit – zowel heteroseksuele als homoseksuele – zijn immers sterk geëvolueerd. Deze nieuwe opvattingen dienen zich ook te reflecteren in de interpretatie van juridische begrippen. Zoals ten onrecht werd geoordeeld in het door het geannoteerde cassatiearrest vernietigde arrest van het Hof van Beroep te Gent, is voor een dergelijke nieuwe interpretatie van een juridisch begrip niet noodzakelijk een optreden van de wetgever vereist. Ook de rechtbanken en, omwille van de rechtszekerheid, bij voorkeur het Hof van Cassatie, hebben dienaangaande een belangrijke rol te vervullen (A. De Vreese, «De taak van het Hof van Cassatie», *T.P.R.*, 1976, 583 e.v., nrs. 28 e.v.). De vernietiging van een rechterlijke beslissing door het Hof van Cassatie vereist immers geenszins een uitdrukkelijke wettekst, noch een nauwkeurige omschrijving van de in die tekst gehanteerde rechtsbegrippen (B. Maes, *Cassatiemiddelen naar Belgisch recht*, Gent, Mys en Breesch, 1993, p. 396 e.v., nr. 463). In het verleden heeft trouwens het Hof van Cassatie n.a.v. het wettigheidstoezicht op juridische kwalificaties, ook aan andere begrippen uit het echtscheidingsrecht een nieuwe, modernere interpretatie gegeven, zoals inzake «gewelddaden, mishandelingen of grove beledigingen» in de zin van art. 231 B.W. en de «verzoeining» (zie o.a. Cass. 29 maart 1973, *Pas.*, 1973, I, 725, met conclusie van W. Ganshof van der Meersch Cass. 10 januari 1975, *Arr.Cass.*, 1975, 528; Cass. 23 april 1971, *Arr.Cass.*, 1971, 818; Cass. 8 maart 1984 *Pas.*, 1984, I, 801, *J.T.*, 1984, 426 en *Rev.trim.dr.fam.* 1984, 297; Cass. 26 februari 1990, *R.W.*, 1989-90, 1223, met conclusie van advocaat-generaal H. Lenaerts en *Arr.Cass.*, 1989-90, 841; F. Dumon «Over de rechtsstaat», *R.W.*, 1979-80, 352-353, nr. 19, b).

6. In casu heeft het Hof van Cassatie, teneinde tot een nieuwe interpretatie van het begrip «overspel» te komen, dit begrip gerelateerd aan de getrouwheidsverplichting als voorgeschreven door art. 231 B.W. Zoals door het Hof van Cassatie terecht wordt vooropgesteld, dient de echtscheiding die door de bedrogen echtgenoot overeenkomstig art. 229 B.W.

kan worden gevorderd op grond van overspel, te worden opgevat als een sanctie van de bij art. 213 B.W. bepaalde plicht dat echtgenoten jegens elkaar getrouwheid verschuldigd zijn. In de eerste plaats betekent deze getrouwheid het exclusief beperken van de geslachtelijke omgang tot de echtgenoot (J. Pauwels, *Rechten en plichten van gehuwden*, Leuven, Acco, 1980, p. 86, nr. 84). Een miskennis van deze exclusiviteit betekent overspel en rechtvaardigt in voorkomend geval de echtscheiding op grond van art. 229 B.W. Het Hof oordeelt terecht dat hiervoor niet noodzakelijk vereist is dat deze geslachtsgemeenschap plaatsheeft tussen personen van verschillend geslacht, zodat deze sanctie ook toepasselijk is op een homoseksuele geslachtsgemeenschap. Zonder dit in expliciete bewoordingen te doen, spreekt het Hof in feite een waardeoordeel uit, dat erop neer komt dat wordt aanvaard dat ook tussen personen van hetzelfde geslacht geslachtsgemeenschap kan plaatshebben die voor de gehuwde partner(s) een schending van de getrouwheidsverplichting inhoudt en de echtscheiding op grond van overspel kan rechtvaardigen. In het verleden was juist het feit dat personen van hetzelfde geslacht werden geacht geen «voltrokken geslachtsgemeenschap» te kunnen hebben, omdat dit niet beantwoordde aan de natuurlijke geslachtelijke omgang, een beletsel om het overspel tot dergelijke relaties te kunnen uitbreiden (zie o.a. in deze zin Cass. 12 december 1910, *Pas.*, 1911, I, 46; Cass. 13 april 1959, *Pas.*, 1959, I, 806; Brussel, 19 juni 1909, *Pas.*, 1909, II, 313, Bergen 29 maart 1988, H. De Page en J.P. Masson, *Traité élémentaire de droit civil belge. Les personnes*, Brussel, Bruylant, 1990, p. 700, nr. 662; L. De Wilde, *Overspel en onderhoud van een bijzit*, A.P.R., Brussel, Larcier, 1967, p. 29, nr. 45; *Pand. b.*, v° *Adultère*, nrs. 5 en 6; A. Pasquier, *Du divorce et de la séparation de corps*, in *Les Nouvelles. Droit civil*, II, Brussel, Larcier, 1938, p. 86, nr. 113; A. Piérard, *Divorce et séparation de corps. Traité théorique et pratique*, Brussel, Larcier, 1927, p. 224, nr. 107). Weliswaar dateert deze rechtspraak uit de periode dat het overspel nog strafrechtelijk werd beteugeld, maar uit het loutere feit van de depenalisering van het overspel door de wet van 20 mei 1987 tot opheffing van de art. 387 en 390 Sw., kan niet worden afgeleid dat ook aan het begrip «overspel» een andere inhoud werd gegeven (P. Senaave, *o.c.*, *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, nr. 32);

7. Belangrijk is dat het Hof in het geannoteerde arrest wel gelijkij vasthoudt aan het vereiste van de geslachtsgemeenschap. De getrouwheidsverplichting, ook nog een tweede, minder materieel, aspect. Ook andere seksueel getinte of affectieve houdingen met een derde kunnen een schending van de getrouwheidsverplichting uitmaken. Deze schendingen kunnen echter niet worden beteugeld op grond van art. 229 B.W. Eventueel kunnen ze wel als grove beledigingen, in de zin van art. 231 B.W., worden gekwalificeerd en op die grond de echtscheiding rechtvaardigen. Dit onderscheid is en blijft, ook na het geannoteerde arrest, belangrijk (Cfr. uitgebreid over deze problematiek: Branlard, J.P., *Le sexe et l'état des personnes*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, 384 e.v.). Het onvoldoende onderscheid maken tussen beide aspecten van de getrouwheidsverplichting en de hieraan verbonden specifieke sancties ligt juist aan de basis van de hierboven vermelde kunstgrepen, waarbij bepaalde rechtspraak en rechtsleer, vóór het cassatiearrest van 17 december 1998, ermee instemden dat de procedure van

art. 1016bis Ger.W. in feite werd aangewend in het raam van een echtscheidingsprocedure op grond van art. 231 B.W. Deze rechtspraak en rechtsleer baseert zich hierbij op bepaalde passages uit de parlementaire voorbereidingsstukken van de wet van 20 mei 1987 tot opheffing van de artt. 387 en 390 Sw. inzake overspel en waarbij onder meer werd gesteld dat «het begrip overspel volgens het Hof van Cassatie kan worden omschreven als een schending van de plicht tot getrouwheid tussen echtgenoten» (*Parl.St., Senaat*, 1986-87, nr. 543-2, verslag senaatscommissie voor Justitie uitgebracht door mevr. Rifflet-Knauer, p. 2; voorbeelden van rechtspraak en rechtsleer die zich hierop baseerden: Rb. Nijvel 9 mei 1995, *Div. Act.*, 1995, 127 en *J.T.*, 1995, 612; Rb. Nijvel 29 oktober 1996, *J.T.*, 1997, 116; G. Hiernaux, «A propos du constat d'adultère par huissier de justice», *Rev.trim.dr.fam.*, 1989, 374; G. Hiernaux en E. Poitevin, «Chronique de jurisprudence: divorce et séparation de corps (1984-88)», *J.T.*, 1990, 489, nr. 7; ook in kringen van gerechtsdeurwaarders werd naar deze interpretatie teruggegrepen: omzendbrief van de voorzitter van 19 juni 1987, *De Gerechtsdeurwaarder*, 1987, afl. 4, 109; lezing gegeven naar aanleiding van het Nationaal Congres van Gerechtsdeurwaarders te Houffalize op 16 november 1991, *De Gerechtsdeurwaarder*, 1992, afl. 1, 15). Men vergeet er echter aan toe te voegen dat het wel degelijk om de fysieke plicht tot getrouwheid gaat. Welnu, zoals vermeld, is het juist in de beteugeling van een miskenning van deze fysieke plicht tot getrouwheid, dat het Hof in zijn arrest van 17 december 1998 heeft gebroken met de traditionele zienswijze.

8. Rekening houdende met bovenstaande beschouwingen kan worden besloten dat het geannoteerde arrest meer inhoudt dan de bevestiging van de «evidente» stelling dat ook een homoseksuele buitenechtelijke relatie als een overspel dient te worden opgevat. In de, weliswaar korte motivering, zit zowel een waardeoordeel over seksualiteitsbeleving vervat als de richtlijn voor een correcte opvatting van het begrip «overspel» en de hieraan verbonden bewijsmogelijkheid van art. 1016bis Ger.W. Tegelijkertijd bevestigt het Hof zijn vroegere rechtspraak, waarbij wordt geoordeeld dat de procedure van art. 1016bis Ger.W., op zichzelf geen schending is van art. 8 E.V.R.M. (in het verleden was dit reeds gebeurd voor de vaststellingen van een heteroseksueel overspel: zie o.a. Cass. 19 oktober 1995, *R.W.*, 1995-96, 1036 en *E.J.* 1996, 34, met noot P. Senaeve). De tussenkomst van het Hof van Cassatie in deze materie kan dan ook als gelukkig worden bestempeld.

Febian Aps
Assistent K.U. Leuven
Advocaat

ARBEIDSHOF ANTWERPEN

2e KAMER – 17 NOVEMBER 1997

Voorzitter: mevr. Homans

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Magermans en Weyns
Openbaar Ministerie: de h. Gielen

Advocaten: mrs. Demeester en Lenaerts

1. Arbeidsovereenkomst – Vrij onderwijs – Voorrang tijdelijke aanstelling – Voorwaarde – Aanvraag – Decreet – Vormvereiste op straffe van nietigheid – Afwijking in het

voordeel van personeelslid – Duidelijke en ondubbelzinnige tekst vereist – 2. Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Private rechtsverhoudingen

1. *Voor een afwijking in het voordeel van de werknemer, op de decreetregel dat een aanvraag om bij voorrang een tijdelijke aanstelling in onderwijs te krijgen, op straffe van verlies van voorrangrecht vóór een bepaalde datum per aangetekende brief bij «de inrichtende macht» moet worden ingediend, is een uitdrukkelijke en ondubbelzinnige tekst nodig.*

2. *Het gelijkheidsbeginsel heeft in beginsel geen horizontale werking en kan niet in de relaties tussen privé-personen worden ingeroepen.*

V.Z.W. I.O.L.V.P. t/ S.

I. Feiten en voorafgaande rechtspleging

Geïntimeerde is bij appellante, afdeling humaniora (ASO), tijdelijk aangesteld als muziekleraar, in het schooljaar 1991-1992 gedurende twee uren per week, in het schooljaar 1992-1993 gedurende drie uren per week en in het schooljaar 1993-1994 eveneens gedurende drie uren per week.

Daar buiten heeft hij, als vastbenoemde, een opdracht van 19 uren in de gemeentelijke Muziekacademie te B.

Met ingang van 1 februari 1994 werden bij appellante een aantal betrekkingen vacant verklaard.

Op 29 maart 1994 wordt in de ondernemingsraad beslist: «Vacant verklaarde betrekkingen per 1 februari 1994». De ondernemingsraad heeft kennis genomen van de vacant verklaarde betrekkingen en ze ter kennisgeving gebracht van het personeel: *ad valvas* (Handelsschool), individueel (Humaniora). De sollicitaties dienen aangetekend te worden verstuurd naar de voorzitter van de inrichtende macht... te B. of afgegeven aan de directies, die voor ontvangst zullen handtekenen.»

Op 29 april 1994 solliciteert geïntimeerde voor «een vaste benoeming in een wervingsambt», namelijk voor een betrekking als muziekleraar in de afdeling handelsschool (TSO) van appellante. Hij brengt hiertoe een bezoek aan directeur W. en overhandigt hem persoonlijk de sollicitatiebrieven (cf. zijn brief van 20 oktober 1994).

De kandidatuur wordt afgewezen, daar geïntimeerde niet de vereiste 720 dagen dienstanciënniteit telt. Deze beslissing, die door geïntimeerde niet wordt betwist, maakt niet het voorwerp uit van voorliggende zaak.

Op 23 juni 1994 doet geïntimeerde vervolgens een aanvraag om voorrang voor een tijdelijke aanstelling, op grond van art. 23 van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en de gesubsidieerde psychisch-medisch-sociale centra. Als aangevraagde betrekking is vermeld: «AV muzikale opvoeding ASO-TSO-BSO».

Partijen zijn het erover eens dat het *de facto* ging om een betrekking van zeven uren muzikale opvoeding voor het schooljaar 1994-95 in de afdeling handelsschool (TSO) van appellante.

Geïntimeerde geeft deze aanvraag af op het secretariaat van de afdeling humaniora (ASO), aan onderdirectrice mevrouw D. C. en aan de huismeesteres mevrouw B. Hij vraagt op dat ogenblik geen ontvangstbewijs. Dienstattesten als bewijs van anciënniteit zijn ook niet bij de aanvraag gevoegd.

Op 1 september 1994 wordt mevrouw S. M., die zelf geen voorrangsrecht kon laten gelden, benoemd in de betrekking waarvoor geïntimeerde voorrang voor een tijdelijke aanstelling had laten gelden.

Na enige briefwisseling tussen partijen gaat geïntimeerde over tot dagvaarding van appellante voor de Arbeidsrechtbank te Antwerpen ter betaling van een schadevergoeding van 271.120 frank, te vermeerderen met de moratoire en de gerechtelijke interest.

Het hoger beroep is gericht tegen het vonnis van 10 januari 1996 dat, na zowel de conclusie als de stukken van appellante wegens te late neerlegging uit het debat te hebben geweerd, de vordering integraal toekent en appellante in de kosten van het geding verwijst.

II. In rechte

Geïntimeerde is van oordeel dat hij ingevolge zijn aanvraag van 23 juni 1994, krachtens art. 23, § 1, van het Rechtspositiedecreet van 27 maart 1991, bij voorrang tijdelijk diende te worden aangesteld om in het schooljaar 1994-1995 zeven uren muziek te onderwijzen in de afdeling TSO van appellante, aanstelling die ten onrechte naar mevrouw M. is gegaan.

Appellante is het hier niet mee eens: de aanvraag van geïntimeerde voldeed niet aan de voorwaarden van art. 23 van het decreet, zodat hij ten aanzien van mevrouw M. geen voorrang kon laten gelden.

1. De inhoudelijke vereisten

Luidens art. 23, § 1, 1°, van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en de gesubsidieerde psycho-medisch-sociale centra, hebben voor de tijdelijke aanstellingen voorrang: de personeelsleden, in het bezit van het vereiste, het voldoende geacht of ermee gelijkwaardig geacht bekwaamheidsbewijs, die bij «de inrichtende macht» waar de betrekking te begeven is, in het te begeven ambt minstens 240 dagen dienstanciënniteit hebben in het hoofdamt, gespreid over ten minste twee schooljaren.

Dat geïntimeerde over het vereiste diploma beschikt wordt niet betwist.

Ook betwist appellante klaarblijkelijk niet langer dat haar afdeling humaniora (ASO) en de afdeling handelsschool (TSO) deel uitmaken van dezelfde «inrichtende macht» nl. appellante.

Ten slotte betwist appellante niet dat geïntimeerde, bij appellante – dat hij in de Stedelijke Muziekacademie te Boom een opdracht als vastbenoemde van 19 uren heeft is dus niet relevant – in het te begeven ambt, meer dan 240 dagen, nl. 540 dagen, dienstanciënniteit had in hoofdamt, gespreid over ten minste twee schooljaren.

Aan al de inhoudsvereisten van art. 23, § 1, 1° van het decreet blijkt aldus voldaan.

2. De vormvereisten

Art. 23, § 4 van het Rechtspositiedecreet schrijft voor: «Het personeelslid dat een beroep wenst te doen op de voorrangsregeling, moet *op straffe van verlies van zijn voorrang voor het volgende schooljaar*, vóór 15 juli bij de inrichtende macht kandideren bij een ter post aangetekende brief.

«Hij vermeldt zijn bekwaamheidsbewijzen, het ambt of de ambten, indien het een leraar betreft het vak en specialiteit, en, in voorkomend geval, de instelling of het centrum waarvoor hij kandideert en legt, ten bewijze van de vereiste dienstanciënniteit, de in art. 22 bedoelde dienstattesten voor».

De aanvraag van geïntimeerde om voorrang voor een tijdelijke aanstelling dateert van 23 juni 1994, en is dus tijdig, vóór 15 juli 1994 ingediend.

Volgens appellante was de aanvraag van geïntimeerde om voorrang voor een tijdelijke aanstelling evenwel niet geldig, allereerst omdat de vereiste dienstattesten niet waren bijgevoegd.

Dat het dienstattest niet bij de aanvraag van 23 juni 1994 was gevoegd, het dienstattest draagt als uitreikingsdatum 5 oktober 1994 – geïntimeerde merkt op dat ook appellante zelf in gebreke is gebleven, nu zij het attest niet reeds einde juni, zoals in art. 22 van het Decreet wordt bepaald, heeft uitgereikt – kan alleszins niet tot het verlies van voorrang van geïntimeerde leiden: anders dan voor de verplichtingen in het eerste lid, is op de verplichtingen in het tweede lid geen sanctie gesteld.

De aanvraag was eveneens ongeldig, aldus nog appellante, daar geïntimeerde zijn aanvraag niet aangetekend aan «de inrichtende macht» heeft verzonden maar ze gewoon heeft afgegeven op het secretariaat van de afdeling humaniora (ASO) aan onderdirectrice D. C. en huismeesteres B. zonder zelfs een ontvangstbewijs te vragen (later hebben deze personen wel schriftelijk bevestigd dat geïntimeerde zijn aanvraag op 23 juni 1994 op het secretariaat heeft afgegeven).

Deze verplichting is wel «op straffe van verlies van voorrang voor het volgend schooljaar» gesteld.

Geïntimeerde stelt, met toepassing van art. 63 van het Decreet, luidens welk alle bedingen of bepalingen strijdig met o.m. dwingende decreetsbepalingen, nietig zijn voor zover zij ertoe strekken de rechten van het personeelslid in te korten, dat van de bepaling van art. 23, § 4, eerste lid, die een bepaling van dwingend recht is, in het voordeel van het personeelslid kan worden afgeweken.

In casu is dit gebeurd, aldus nog geïntimeerde, door de beslissing van de ondernemingsraad van 29 maart 1994: het is in het voordeel van het personeelslid dat hij zijn aanvraag niet aangetekend aan «de inrichtende macht» moet versturen, maar ze gewoon aan de directie tegen ontvangstbewijs mag afgeven.

Om, met toepassing van art. 63 van het Decreet, van een bepaling die «op straffe van verlies van voorrang voor het volgend schooljaar» is voorgeschreven – in de veronderstelling dat deze bepaling inderdaad slechts dwingend is en niet van openbare orde – rechtsgeldig te kunnen afwijken, is in de eerste plaats vereist dat deze afwijking gebeurt in een duidelijke en ondubbelzinnige tekst.

In casu dient het Hof vast te stellen dat de tekst van punt 2 van de ondernemingsraad van 29 maart 1994 is opgesteld als volgt: «Vacant verklaarde betrekkingen per 1 februari 1994. De ondernemingsraad heeft kennisgenomen van de vacant verklaarde betrekkingen en ter kennisgeving gebracht van het personeel: *ad valvas* (Handelsschool), individueel (Humaniora). De sollicitaties dienen aangetekend te worden verstuurd naar de voorzitter van de inrichtende macht te B. of afgegeven aan de directies, die voor ontvangst zullen handtekenen».

Daaruit kan geenszins met voldoende zekerheid worden afgeleid dat dit ook slaat op aanvragen om voorrang voor een tijdelijke aanstelling. Uit de hoofding en de tekst kan enkel met zekerheid worden afgeleid dat deze slaat op de gewone sollicitaties voor vaste benoemingen in vacante betrekkingen. Voor deze sollicitaties zijn in het decreet geen vormvoorwaarden voorgeschreven, maar kan de ondernemingsraad, krachtens art. 31, 2°, van het Decreet, er wel bepalen, zoals dit *in casu* klaarblijkelijk is gebeurd.

Voor de aanvragen om voorrang voor een tijdelijke aanstelling, waarvoor het Decreet wel vormvoorwaarden heeft opgelegd, en dit zelfs «op straffe van verlies van voorrang», is er, zoals gezegd, niet de vereiste uitdrukkelijke en ondubbelzinnige tekst voorhanden die toelaat hiervan af te wijken.

Doet hieraan niet af, de nadien op verzoek van geïntimeerde gegeven schriftelijke verklaring van huismeesteres B. dat op de ondernemingsraad zou zijn gezegd dat (ook) de aanvragen om voorrang voor een tijdelijke aanstelling niet aangetekend moesten worden verstuurd. Het verzoek van geïntimeerde, om met getuigen te bewijzen dat de beslissing van de ondernemingsraad ook gold voor aanvragen om voorrang voor een tijdelijke aanstelling, wordt om dezelfde reden afgewezen.

Subsidiar roept geïntimeerde de schending van het gelijkheidsbeginsel in: ook de dames G. en S. zouden hun aanvraag om voorrang voor een tijdelijke aanstelling niet aangetekend hebben verzonden, en niettemin bij voorrang zijn benoemd.

Het gelijkheidsbeginsel kan enkel verticaal worden ingeroepen, in de verhouding van de burger ten opzichte van de overheid (zoals in sociaalezekerheids geschillen) maar niet horizontaal tussen privépersonen of privaatrechtelijke rechtspersonen in een contractuele relatie, zoals *in casu* (cf. Cass., 4 oktober 1993, *R.W.*, 1994-95, 1161, met noot), tenzij dit uitdrukkelijk door de wet of contractueel wordt bepaald. Het door geïntimeerde aangeboden getuigenbewijs, dat voormelde dames op dezelfde wijze als geïntimeerde gesolliciteerd hebben en toch bij voorrang zijn benoemd, is dan ook niet dienend.

Uit het vorenstaande volgt dat geïntimeerde geen voorrang kon laten gelden bij zijn aanvraag van 23 juni 1994 om voorrang voor een tijdelijke aanstelling voor de zeven lesuren muziek in de afdeling TSO van appellante in het schooljaar 1994-1995. Zijn vordering tot betaling van een schadevergoeding door appellante moet dientengevolge als ongegrond worden afgewezen.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE GENT

17 NOVEMBER 1998

Beslagrechter: de h. Claeys

Advocaten: mrs. De Neve en Blanchoud

Beslag en executie – Beslag op roerende goederen – Verkoop in der minne – Weigering schuldeiser – Ontoereikendheid voorstellen – Bewijslast – Schadevergoeding

De schuldenaar die een voorstel tot verkoop in der minne van de in beslag genomen roerende goederen niet aanvaardt omdat dit niet toereikend zou zijn, draagt hiervan de bewijslast.

De onrechtmatige weigering van de voorstellen doet op zichzelf nog geen schade ontstaan.

V.Z.W. D. t/ N.V. C. e.a.

Bij dagvaardingsexploot van 6 maart 1996 verzet de eisende partij zich tegen de openbare verkoping van de op 18 januari 1996 op verzoek van de verwerende partij ten laste de gedaagden W.-V. in beslag genomen goederen.

...

Wat betreft de in beslag genomen goederen, heeft W. binnen tien dagen na de betekening van het beslagexploot een voorstel overeenkomstig art. 1526bis Ger.W. gericht tot de gerechtsdeurwaarder, namelijk dat de V.Z.W. D. (eiseres) een bod doet van 10.000 frank op deze goederen. In een niet-gedateerde brief, bij de gerechtsdeurwaarder toegekomen op 12 februari 1996, laat de verwerende partij weten niet akkoord te gaan met het voorstel, omdat het bod van 10.000 frank voor haar belachelijk laag lijkt.

Tegen een onrechtmatige weigering kan de beslagene (of de gegadigde koper) in verzet komen voor de beslagrechter, teneinde de openbare verkoop te verhinderen. De beslagrechter zal dan beoordelen of de voorstellen toereikend zijn, gelet op de waarde van de goederen en de mogelijke opbrengst ervan bij een openbare verkoop. De wet legt de bewijslast in dezen aan de zijde van de schuldeiser. (E. Dirix, noot onder Rb. Oudenaarde, 28 juni 1995, *R.W.*, 1995-96, 684).

In haar conclusies stelt de verwerende partij dat er voor haar geen wettelijke verplichting bestaat om het voorstel te aanvaarden en dat de weigering zeker niet uitsluitend tot doel heeft schade te veroorzaken. De verwerende partij houdt evenwel geen rekening met art. 1526bis, derde lid, Ger.W. Deze bepaling legt haar de verplichting op te bewijzen dat het voorstel van 10.000 frank ontoereikend is. Deze bewijslast wordt niet nagekomen door in een brief aan de gerechtsdeurwaarder enkel te stellen dat het bod haar belachelijk laag lijkt. In haar conclusies laat de verwerende partij ook na het bewijs te leveren van het ontoereikend karakter van het voorstel. Het is duidelijk dat de verwerende partij also de op haar rustende bewijslast volledig miskent. Dergelijke houding getuigt van willekeur en ontleemt elke zin aan art. 1526bis, Ger.W.

De eisende partij vordert een schadevergoeding van 50.000 frank wegens tergende en roekeloze handhaving van het beslag en een schadevergoeding van 20.000 frank wegens weigering in te gaan op het voorstel krachtens art. 1526bis Ger.W.

...

De vordering tot het verkrijgen van een schadevergoeding wegens de weigering in te gaan op het voorstel gedaan overeenkomstig art. 1526bis Ger.W. dient als ongegrond te worden afgewezen. De eisende partij kan voor het verkrijgen van deze schadevergoeding zich niet baseren op art. 1526bis, vierde lid, Ger.W., omdat voormelde bepaling enkel kan ingeroepen worden door de beslagene-schuldenaar ingeval de tenuitvoerlegging werd voortgezet na een onrechtmatige weigering. De eisende partij toont terzake ook niet aan welke schade zij heeft geleden door de weigering van de verwerende partij in te gaan op het gedane bod.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE MECHELEN*TIJDELIJKE KAMER – 18 DECEMBER 1997*

Voorzitter: mevr. Peeters

Rechters in handelszaken: de hh. Somers en Dom

Advocaten: mr. De Lat en Van de Vystert loco Geuens

Pand – Handelszaak – ‘Sale lease back’-operatie – Conflict pandhouder – Onderzoeksplicht van de leasingmaatschappij – Derde-medeplichtigheid – Schadevergoeding*Op een professionele kredietverlener, zoals een leasingmaatschappij, rust een onderzoeksplicht nopens de vervreemdingsbevoegdheid van de wederpartij.*

N.V. K. t/ N.V. R.

Bij kredietbevestigingsbrief van 15 juni 1992 heeft eiseres aan de N.V. S. een krediet van 18.160.000 fr. ter beschikking gesteld met het oog op de aankoop van vier trailers en vier trekkers. De financiering liep over vijf jaar (twintig driemaandelijke schijven). De facturen voor de gefinancierde trekkers en trailers werden binnen vijftien dagen na de levering ter griffie van de bevoegde rechtbank van koophandel neergelegd.

Het pand op de handelszaak werd gevestigd bij overeenkomst van 31 juli 1992, geregistreerd te Antwerpen (10e kantoor) op 17 augustus 1992. Het werd op 25 augustus 1992 ingeschreven in het eerste kantoor der hypotheeken te Turnhout. Op 27 oktober 1995 heeft eiseres dit krediet opgezegd.

De N.V. S. werd failliet verklaard bij vonnis van 7 november 1995 van de Rechtbank van Koophandel te Turnhout. De schuldvordering van eiseres bedroeg op dat ogenblik 9.379.828 fr, onder voorbehoud van eventuele schuldvorderingen uit hoofde van bankgaranties ten belope van 357.600 fr. Haar schuldvordering werd opgenomen in het bevoorrecht passief ten belope van 9.653.683 fr, bij vonnis van 19 november 1996.

Na het faillissement werd door eiseres vastgesteld dat de door haar gefinancierde trekkers en trailers enige tijd vóór het faillissement het voorwerp hebben uitgemaakt van een «sale and lease back-operatie», waarbij verweerster optrad als koper en als leasinggever van deze trekkers en trailers.

De verkoop van de betrokken wagens door de N.V. S. aan verweerster gebeurde op 6 januari 1995 voor een bedrag van 9.640.000 fr. Verweerster lease onmiddellijk daarna, meer bepaald op 27 januari 1995, dezelfde trekkers en trailers met ingang op 15 januari 1995 voor een duurtijd van vierentwintig maanden.

Met een brief van 1 december 1995 werd verweerster door eiseres ingebreke gesteld het saldo van het onbetaald gebleven termijnekrediet, zijnde 9.294.003 fr, te voldoen, gelet op haar derde-medeplichtigheid aan de contractbreuk van de N.V. S. Bij gebreke aan enige regeling ging eiseres tot dagvaarding over.

...

De derde die wist of behoorde te weten dat hij daadwerkelijk aan andermans contractbreuk deelnam, maakt zich schuldig aan een overtreding van de algemene zorgvuldigheidsnorm. Bijgevolg moeten volgende toepassingsvoorwaarden vervuld zijn om een derde aansprakelijk te stellen op

grond van deze rechtsfiguur: de schuldenaar moet zich schuldig hebben gemaakt aan contractbreuk; de derde dient rechtstreeks te hebben meegewerkt aan deze contractbreuk, in die zin dat de derde een onmisbare hulp moet gegeven hebben aan de schuldenaar bij diens contractuele wanprestatie; de derde wist of behoorde te weten dat hij aan andermans contractbreuk deelnam.

Hoewel niet zeer duidelijk bepaald, dient uit de samenhang tussen verschillende artikelen van de kredietopening van 15 juni 1992, aangegaan tussen de N.V. S. en eiseres, afgeleid te worden dat wel degelijk contractueel een vervreemdingsverbod werd bedongen:

In de kredietbrief van 15 juni 1992, voor akkoord ondertekend door de vertegenwoordiger van de N.V. S. werd uitdrukkelijk bepaald dat de bank de betrokken trekkers en trailers financierde «mits de bank in de plaats wordt gesteld van uw leverancier». Bijgevolg treedt eiseres volledig in de rechten van de oorspronkelijke verkoper.

Uit de overgelegde stukken, o.m. de overeenkomsten van indeplaatsstelling verbonden aan elke factuur, blijkt dat deze subrogatie wel degelijk is geschied overeenkomstig art. 1250, eerste lid, B.W. Aan het vereiste dat de subrogatieverklaring van de verkoper en de betaling van de bank elkaar zodanig conditioneerden dat het ene zonder het andere niet had bestaan, is voldaan.

Terecht stelt eiseres terzake dat de respectieve data van de subrogatieverklaring en de girale betaling in deze bewijsvoering geen determinerende rol spelen.

Art. 9 van de inpandgevingsovereenkomst van 31 juli 1992 vermeldt dat de N.V. S. zich het recht ontzegt de handelszaak of één van haar vaste bestanddelen te vervreemden. Het betrokken wagenpark is manifest een vast bestanddeel van deze handelszaak.

In art. 13, 8, 8°, van de kredietovereenkomst wordt bovendien bepaald dat de bank gerechtigd is zonder naleving van het in art. 11 bepaalde voorbericht het krediet onmiddellijk geheel of ten dele op te zeggen in geval van gehele of gedeeltelijke vervreemding van de in waarborg gegeven roerende of onroerende goederen. De hele handelszaak, zo ook het wagenpark, werd door de N.V. S. aan eiseres in pand gegeven. Uiteraard dient uit het art. 13, 8, 8°, te worden afgeleid dat de N.V. S. door een «vervreemdingsverbod» verbonden was, omdat in ontkennend geval bewust artikel geen zin van bestaan heeft.

Mede rekening houdende met art. 4 van de tussen partijen bestaande kredietopening waarin bedongen is dat alle verstrekte zekerheden elkaar aanvullen en tot waarborg van de rechtstreekse of onrechtstreekse verbintenissen voortspuitende uit het krediet in zijn geheel dienen, dient dan ook te worden vastgesteld dat wel degelijk een eigendomsvoorbehoud contractueel tussen partijen werd bedongen.

Door zonder toestemming van eiseres over te gaan tot de vervreemding van het door eiseres gefinancierde wagenpark, heeft de N.V. S. bijgevolg wel degelijk contractbreuk gepleegd.

Het kan niet worden ontkend dat verweerster door tot de aankoop van dit wagenpark over te gaan, een onmisbare hulp heeft gegeven aan de N.V. S. bij diens contractuele wanprestatie.

De vraag rijst ten slotte of verweerster op de hoogte was van het feit dat hij aan deze contractbreuk deelnam, minstens dit behoorde te weten.

Verweerster bevestigt de originele aankoopfacturen van de betrokken trekkers en trailers bij de N.V. S. opgevraagd te hebben.

In tegenstelling tot wat verweerster beweert, bevatten alle facturen duidelijk de vermelding van het feit dat ze werden neergelegd ter griffie van de Rechtbank van Koophandel te Turnhout, alsook de vermelding dat de goederen eigendom blijven tot bij de volledige betaling. Enkele van deze facturen bevatten bovendien de vermelding dat de aankoop ervan gefinancierd was door K.

Rekening houdende met deze op de facturen vermelde gegevens had verweerster, die professioneel koper en lessor van voertuigen is, kennis moeten nemen van de werkelijke toestand en navraag moeten doen of de door haar aangekochte wagens reeds volledig waren afbetaald. De vermeldingen op de facturen hadden verweerster er immers toe moeten aanzetten zich ervan te vergewissen of al dan niet de voertuigen gefinancierd waren, en in geval van financiering, of deze financiering volledig was afbetaald. De publiciteit bedoeld bij art. 20, 5° Hyp.W. met betrekking tot het bestaan en de handhaving van dit bijzonder voorrecht van de verkoper is voor dergelijke situaties bedoeld.

Een dergelijke navraag was eens te meer noodzakelijk, daar de wagens, die slechts 2,5 jaar oud waren en normaliter een lange levensduur hebben, het voorwerp zouden uitmaken van een lease back-operatie.

Door niet de vereiste zorgvuldigheidsmaatregelen te nemen, nl. verder nazicht te doen naar een eventueel nog bestaande financiering, heeft verweerster, die kennis had van de vermeldingen op de factuur, een ernstige fout begaan en aldus deelgenomen aan de contractbreuk van de N.V. S.

De schade die eiseres heeft geleden bestaat in het verlies van het pand dat haar zekerheid tot betaling van haar schuld vordering uitmaakte. Eiseres ontving niets uit het faillissement en kan, zoals blijkt uit de brief van de curator, hieruit niets verwachten. Evenmin kunnen enige andere waarborgen te gelde worden gemaakt. De gefinancierde voertuigen waren de enige uitvoeringsmogelijkheid van eiseres.

...

De schade door eiseres geleden dient begroot te worden op het ogenblik van het faillissement, zijnde het ogenblik waarop eiseres normaal toepassing van haar voorrecht als onbetaalde verkoper had gemaakt. Teneinde tot een juiste waardebepaling van deze wagens over te gaan is het aangewezen een gerechtelijke deskundige aan te stellen. Verweerster kan evenwel reeds veroordeeld worden in betaling van een provisioneel bedrag van 6.627.500 fr, zijnde de verkoopprijs gerealiseerd door verweerster voor dezelfde wagens.

NOOT – Over het conflict pandhouder handelszaak en «sale lease back»-operatie, zie: E. Dirix, «Overzicht van rechtspraak. Voorrechten en hypotheeken», *T.P.R.*, 1998, 569, nr. 95.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE HASSELT

2de KAMER – 26 FEBRUARI 1998

Voorzitter: de h. Beerten

Rechters in handelszaken: de hh. Habraken en Beulen

Openbaar ministerie: de h. Delbrouck

Advocaten: mrs. Fisetten en Swinnen

Gerechtelijk akkoord – Voorwaarden – Tijdelijk schulden niet kunnen voldoen – Voorgestelde termijn afbetalingsplan – Reeds gelegde beslagen – Staat van faillissement

Een schuldenaar kan enkel worden toegelaten tot de akkoordprocedure wanneer zijn betalingsmoeilijkheden als tijdelijk kunnen worden beschouwd. Dit is niet het geval wanneer het voorgestelde afbetalingsplan zich uitstrekt over een periode die langer is dan de wettelijke termijn van het gerechtelijk akkoord.

Het gerechtelijk akkoord mag niet worden aangewend om een reeds aangevatte tenuitvoerleggingen te dwarsbomen.

M.

Gezien het verzoekschrift en de bijhorende stukken strekkende tot het verkrijgen van een gerechtelijk akkoord, ontvangen ter griffie dezer rechtbank op 12 februari 1998;

...

Uit de door verzoeker bijgebrachte gegevens blijkt dat hij een schuldenlast heeft ten belope van 9.308.744 fr, waarvan 2.891.239 fr. wordt betwist.

Verzoeker houdt voor dat hij, rekening houdend met de actuele inkomsten, de schuldenlast over een termijn van 46,5 maanden kan aflossen. Hiervoor is dan wel vereist dat verzoeker een bedrag van 4.650.000 fr. zou recupereren, dat hij ten onrechte aan de N.V. B. zou hebben betaald. Verzoeker stelt dat hij tijdelijk zijn schulden niet kan voldoen en dus krachtens art. 9 Wet Gerechtelijk Akkoord in de voorwaarden verkeert om een gerechtelijk akkoord aan te vragen.

Welke tijdspanne het begrip «tijdelijk» dekt, wordt niet omschreven. Het lijkt echter logisch dat, wanneer de aanvrager van een gerechtelijk akkoord een voorstel doet ter voldoening van de schuldeisers, het betalingsplan zich niet verder in de tijd uitstrekt dan de termijn waarvoor een gerechtelijk akkoord (maximum) kan aangevraagd worden. Wanneer het voorgestelde afbetalingsplan zich uitstrekt over een termijn die langer is dan de termijn waarvoor een gerechtelijk akkoord kan aangevraagd worden, kan er geen sprake zijn van een tijdelijke onmogelijkheid tot betaling der schulden.

In principe loopt het gerechtelijk akkoord over een maximumperiode van dertig maanden (zes maanden voorlopige opschorting en vierentwintig maanden definitieve opschorting), terwijl verzoeker een afbetalingsplan in het vooruitzicht stelt over 46,5 maanden.

Weliswaar kan de maximumperiode met vijftien maanden (drie maanden voorlopige opschorting en 12 maanden definitieve opschorting) worden verlengd. Er mag echter worden verondersteld dat deze verlengingen slechts kunnen toegestaan worden wanneer in de loop van de procedure, ingevolge bepaalde omstandigheden, komt vast te staan dat hiertoe de noodzaak bestaat en niet, zoals *in casu*, het reeds bij voorbaat zou vaststaan dat verlengingen zouden

moeten toegestaan worden om het betalingsplan binnen het vooropgestelde tijdsverloop te kunnen uitvoeren.

Bovendien moet vastgesteld worden dat verzoeker bij het voorstellen van zijn afbetalingsplan ervan uitgaat dat hij een bedrag van 4.650.000 fr. kan verhalen op de N.V. B., welk gegeven helemaal niet vaststaat. Wanneer dit bedrag niet zou kunnen teruggevorderd worden, loopt het door verzoeker voorgestelde afbetalingsplan over 93 maanden.

Verzoeker bevindt zich dan ook niet in een situatie waarbij hij tijdelijk zijn schulden niet kan voldoen.

Bovendien moet vastgesteld worden dat sedert november 1997 de schuldenlast van verzoeker van ongeveer 8.500.000 fr. is gestegen tot ongeveer 9.300.000 fr, waarbij het opvalt dat de huurachterstand van 237.162 fr. is opgelopen tot 557.432 fr.

Ook de N.V. K. is van oordeel dat verzoeker niet in aanmerking komt om een gerechtelijk akkoord te verkrijgen. De N.V. K. stelt dat verzoeker de aanvraag tot het verkrijgen van een gerechtelijk akkoord gebruikt om reeds aangevangen gedwongen uitvoeringen te blokkeren.

Uit de uitleg verstrekt door verzoeker blijkt dat op 14 februari 1998 een verkoop was gepland ten verzoeken van twee schuldeisers, terwijl het verzoek tot het verkrijgen van een gerechtelijk akkoord amper twee dagen voordien werd ingediend, zodat inderdaad het vermoeden bestaat dat verzoeker een gedwongen uitvoering heeft willen voorkomen door het aanvragen van een gerechtelijk akkoord.

Aangezien verzoeker zich niet bevindt in een situatie waarbij hij tijdelijk zijn schulden niet kan voldoen, volgt hieruit noodzakelijkerwijze dat hij op duurzame wijze zijn betalingen heeft gestaakt.

Ook dient te worden vastgesteld dat het krediet van verzoeker is geschokt. Immers, uit de gegevens en inlichtingen verstrekt door verzoeker blijkt dat diverse schuldeisers (brouwerij, het sociaal verzekeringsfonds, leverancier stookolie) via gedwongen uitvoering hun schuldvorderingen opeisen en derhalve geen krediet meer aan verzoeker verstrekken. Aldus zijn de voorwaarden om verzoeker failliet te verklaren aanwezig, zodat de rechtbank dan ook hiertoe overgaat.

...

VREDEGERECHT TE GENT

7e KANTON – 29 DECEMBER 1997

Rechter: de h. Evers

Advocaten: mrs. Dambre en Naudts loco Janssens

Mede-eigendom – Appartementsmede-eigendom – Wijziging verdeling gemeenschappelijke lasten

Art. 577-9, § 6, B.W. is in essentie van toepassing op mistoestanden die de eigenaar nadeel toebrengen, omdat geen correcte verdeling van de gemeenschappelijke kosten gebeurt. De invalshoek wordt volkomen anders wanneer de beweerde onrechtvaardigheid het gevolg is van een eigen beslissing die niet gedeckt werd door een beslissing van de algemene vergadering. Men kan zich als mede-eigenaar niet zomaar onttrekken aan de collectiviteit en het aandeel in de kosten voor de resterende eigenaars verhogen.

V.E. en C. t/ Vereniging van mede-eigenaars residentie R.

1. De vordering

In de dagvaarding betekend op 18 juni 1997 vorderen V. en C. dat de vereniging van de mede-eigenaars van de residentie R. zich voor recht zou horen zeggen dat zij niet gehouden zijn tussen te komen in de grote kosten aan de centrale verwarming en C.V.-leidingen vanaf 22 augustus 1996, in afwijking van het principe van de evenredige verdeling volgens duizendsten overeenkomstig de basisakte en dat voor zoveel als nodig de beslissing van de algemene vergadering van de vereniging van de mede-eigenaars gehouden op 12 mei 1997 met betrekking tot punt 13 van de agenda «Wijziging basisakte i.v.m. verdeelsleutel grote kosten C.V.» nietig zou worden verklaard. Zij vorderen dat de verweerster ertoe zou worden veroordeeld de basisakte in die zin aan te passen binnen zes maanden na de betekening van het te velen vonnis, onder verbeurte van een dwangsom van 100.000 fr. per maand vertraging. Zij vragen ervan akte te laten nemen de kosten te willen dragen met betrekking tot een eventueel noodzakelijke wijziging van de basisakte of van het bijvoegsel van de basisakte.

2. De feitelijke gegevens

V.E. en C. zijn mede-eigenaars in de residentie R., respectievelijk als eigenaar van een appartement op de vierde en vijfde verdieping.

Op 18 maart 1996 besloot de algemene vergadering van de mede-eigenaars de installatie te vervangen en o.m. om te schakelen van stookolie naar gas; de eisers hebben zich terzake aan hun verplichtingen gehouden en betaalden hun aandeel.

In augustus 1996 besloten zij ertoe geen gebruik meer te maken van de centrale verwarmingsinstallatie wegens de herhaalde gebreken, lekken en ongemakken die zij ondergingen. Na de laatste meteropname op 22 augustus 1996 verwijderden zij de centrale verwarmingsinstallatie in hun eigendom.

Op 2 september 1996 meldde de syndicus dat vernomen werd dat de eisers zouden overschakelen naar elektrische verwarming en deelde hij de eisers mee niet te begrijpen welke de motivering is van die beslissing, daar dit bijkomende kosten zal meebrengen, ervan uitgaande dat de eisers gehouden blijven tot het betalen van hun aandeel in de gemeenschappelijke kosten van de nieuwe gasverwarmingsinstallatie.

De eisers antwoordden bij monde van hun raadsman bij brief van 4 september 1996 die stelling niet te kunnen aangaan en verwijzen terzake naar een bespreking die op 8 maart 1996 zou zijn gevoerd in aanwezigheid van de syndicus en de voorzitter van de raad van beheer en waarbij bevestigd zou zijn dat iedere mede-eigenaar zelf een verwarmingssysteem mocht installeren.

Op 17 september 1996 vroegen de eisers dat een buitengewone algemene vergadering zou worden samengeroepen met op de agenda o.m.: 1. wijziging van de verdeelsleutel van de kosten met betrekking tot het gasverbruik van de centrale verwarming;...

Deze vergadering werd gehouden op 10 oktober 1996. Tijdens deze algemene vergadering werd er door de syndicus op gewezen dat «het evident is dat mevrouw V. E. en de heer C. niet meer zullen delen in de kosten van verbruik en nor-

maal onderhoud, aangezien zij geen enkel gebruik meer hebben van de gemeenschappelijke centrale verwarming».

Wat de toekomstige grote kosten en herstellingen aan de centrale verwarmingsinstallatie en de leidingen betreft, wijst de syndicus erop dat die kosten niet volgens het verbruik, maar volgens de eigenaarsaandelen (basisakte) worden bepaald. De algemene vergadering beslist de basisakte nog niet te wijzigen en dit laatste punt op de volgende algemene vergadering te bespreken.

Wat de kosten van verbruik en onderhoud van de ketel betreft, wordt de beslissing van de algemene vergadering van 10 oktober 1996 bevestigd op de gewone algemene vergadering van 12 mei 1997.

Alle eigenaars, behoudens de eisers, hebben gestemd tegen het wijzigen van de basisakte.

Op 27 mei 1997 heeft de syndicus aan de N.V. I., die jaarlijks de meterstanden opneemt, gemeld dat in de appartementen van de eisers geen opnames meer moeten gebeuren en dat zij ook niet meer moeten tussenkomen in de vaste kosten, noch in het verbruik.

3. Bespreking

De vordering is gebaseerd op art. 577-9, § 6, B.W. Volgens deze bepaling kan iedere mede-eigenaar aan de rechter vragen de wijze van verdeling van de gemeenschappelijke lasten te wijzigen, indien deze een persoonlijk nadeel veroorzaakt, alsmede de berekening van die lasten te wijzigen indien deze onjuist is of onjuist is geworden ingevolge aan het gebouw aangebrachte wijzigingen. Dit artikel beoogt een evenwicht tussen aan de ene kant het collectieve belang van de vereniging van de mede-eigenaars en anderzijds het individuele belang van iedere afzonderlijke mede-eigenaar.

Het toetreden tot een mede-eigendom impliceert evenwel een aantal manifeste beperkingen in de individuele beslissingsvrijheid. Het komt dan ook voor dat bovengemeld artikelen in essentie van toepassing is op mistoestanden die de eigenaar nadeel toebrengen omdat geen correcte verdeling van de gemeenschappelijke kosten gebeurt.

De invalshoek wordt volkomen anders wanneer de beeerde onrechtvaardigheid het gevolg is van een eigen beslissing die niet werd gedekt door een beslissing van de algemene vergadering.

Afgezien van de vraag of zij het individuele recht hadden om zich af te scheiden van het gemeenschappelijke verwarmingssysteem, is de thans voorliggende vraag of zij het evenwicht in het gebouw, wat lastenverdeling betreft, zomaar eenzijdig konden verstoren. Dat evenwicht is precies een essentieel element van de mede-eigendom en impliceert een collectief optreden: solidariteit heeft hier voorrang op het individuele recht.

Men kan zich derhalve als mede-eigenaar niet zomaar onttrekken aan de collectiviteit. Een dergelijke houding zou, zoals in het voorliggende geval, de kosten voor de resterende eigenaars verhogen wanneer één of meer eigenaars zich aan de gemeenschap zouden kunnen onttrekken, daar de totale kost toch niet verandert en derhalve het aandeel van de resterenden verhoogt.

Dat tijdens de buitengewone algemene vergadering van 10 oktober 1996 ingestemd werd met het feit dat de eisers geen kosten van verbruik meer moeten dragen, is de logica zelf:

het verbruik is inderdaad gelijk aan 0. Hetzelfde geldt de opnamekosten van de meters.

Dat door de overige eigenaars diezelfde houding wordt aangenomen met betrekking tot het normaal onderhoud, is een billijke houding van de mede-eigenaars (maar waarover men had kunnen discussiëren).

Wat toekomstige (grote) kosten en herstellingen aan de installatie (ketel, brander, gemeenschappelijke leidingen) betreft, mogen de eigenaars die een gebouw bewonen met X aantal appartementen ook verwachten dat X aantal eigenaars van die appartementen de kosten delen, zoniet worden zij beschaamd in hun verwachtingen die de mede-eigendom terzake schept.

...

EUROPESE RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Coördinator: Johan Meeusen

Hof van Justitie, 9 december 1997

Vrij verkeer van goederen – Landbouwproducten – Belemmering ten gevolge van acties van particulieren – Verplichtingen van lidstaten – Gedoogbeleid – Verbod eigenrichting – Schadeloosstelling bij belemmering goederen – Vervoer

Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 4 augustus 1995, heeft de Commissie het Hof verzocht vast te stellen dat de Franse Republiek, door niet alle noodzakelijke adequate maatregelen te nemen om te verhinderen dat de acties van particulieren het vrije verkeer van landbouwproducten belemmeren, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens de gemeenschappelijke marktordeningen voor landbouwproducten en art. 30 in samenhang met art. 5 van het EG-Verdrag.

De Commissie verklaarde dat al meer dan tien jaar klachten bij haar binnenkomen over de passieve houding van de Franse overheden tegenover geweldadigheden van particulieren en protestbewegingen van Franse landbouwers tegen landbouwproducten uit andere lidstaten, onder meer uit Spanje (aardbeien), België (tomaten) en uit Italië en Denemarken. De acties gingen gepaard met vernielingen van goederen, van vervoermiddelen, vernietiging van landbouwproducten en andere vormen van vandalisme.

Het voltallige Hof herinnert aan het fundamentele beginsel van het vrije verkeer van goederen, uitgewerkt in de artt. 30 e.v. van het EG-Verdrag. In een teleologische interpretatie moet deze bepaling aldus worden begrepen dat zij de afschaffing beoogt van alle al dan niet rechtstreekse, daadwerkelijke of potentiële belemmeringen van de invoerstromen in het intracommunautaire handelsverkeer. Als onmisbaar middel ter verwezenlijking van de markt zonder binnengrenzen verbiedt art. 30 niet alleen overheidsmaatregelen die als zodanig het handelsverkeer tussen de lidstaten beperken, maar kan het ook van toepassing zijn wanneer een lidstaat niet de vereiste maatregelen heeft genomen ter opheffing van de belemmeringen van het vrije goederenver-

keer, waarvan de oorzaak buiten de sfeer van de overheid ligt (r.o. 29 en 30).

Art. 30 verbiedt de lidstaten dus niet alleen zelf te handelen of zich te gedragen op een wijze die het handelsverkeer kan belemmeren. In samenhang met art. 5 van het Verdrag verplicht het ze ook alle noodzakelijke en passende maatregelen te nemen om de naleving van die fundamentele vrijheid op hun grondgebied te verzekeren.

Hoewel de lidstaten bij uitsluiting bevoegd blijven voor de handhaving van de openbare orde en de vrijwaring van de binnenlandse veiligheid en terzake over een beoordelingsmarge beschikken om uit te maken welke maatregelen in een gegeven situatie geschikt zijn, dient het Hof na te gaan of de betrokken lidstaat maatregelen heeft genomen die geschikt zijn om het vrije verkeer van goederen te garanderen.

Het Hof stelt vast dat de Franse overheden jarenlang hebben nagelaten om de geschikte maatregelen te nemen en dat onder meer niet wordt betwist dat de Franse politie bij incidenten ofwel niet ter plaatse was, hoewel de bevoegde overheden in bepaalde gevallen verwittigd waren dat er betogingen van landbouwers op til waren, ofwel niet tussenbeide is gekomen, zelfs niet in gevallen waarin zij veel talrijker was dan de ordeverstoorers. Voor de periode van april tot augustus 1993 kunnen de Franse overheden slechts één geval van gerechtelijke vervolging van landbouwersvandalisme noemen. Een en ander heeft een klimaat van onveiligheid geschapen dat een nadelig gevolg kan hebben voor het hele handelsverkeer (r.o. 44 t.e.m. 53).

Vrees voor binnenlandse moeilijkheden kan voor een lidstaat geen rechtvaardiging zijn om het Gemeenschapsrecht niet correct toe te passen. Ernstige verstoringen van de openbare orde kunnen een rechtvaardiging zijn voor het stilzitten van de politie, maar alleen indien er een werkelijk gevaar is en indien de rechtvaardiging slechts in een duidelijk bepaald geval wordt ingeroepen en niet in het algemeen.

Belangwekkend zijn ook de overwegingen die aan de schadeloosstelling zijn gewijd (r.o. 59 e.v.). Met betrekking tot het Franse argument inzake het schadeloos stellen van de slachtoffers overweegt het Hof dat zulks de Franse Republiek niet kan bevrijden van haar verplichtingen krachtens het Gemeenschapsrecht, omdat het probleem van de verhindering van het vrije verkeer niet is opgelost. Eveneens faalt het Franse argument van de zeer moeilijke sociaal-economische situatie op de Franse markt van groenten en fruit na de toetreding van Spanje. Indien de destabilisering van de Franse markt van groenten en fruit het gevolg zou zijn van deloyale praktijken of van schendingen van het Gemeenschapsrecht door Spaanse producenten, dan nog is het een lidstaat niet toegestaan zich door eenzijdig beschermde maatregelen of door een eenzijdige gedraging te verweren tegen een eventuele miskennis van het Gemeenschapsrecht door een andere lidstaat. De conclusie is dat de Commissie gelijk krijgt en de Franse Staat wordt veroordeeld voor de schending van het vrije verkeer van goederen binnen de Gemeenschap.

Dit Spaanse aardbeien-arrest is van groot belang voor de verwezenlijking van het vrije verkeer van goederen. Het belang van het arrest kan moeilijk worden overschat, omdat «deze werkwijze van het Hof het mogelijk maakt de aardbeien-jurisprudentie over het vrije verkeer van goederen door te trekken naar het vrije verkeer van diensten of van

werknemers en ze laat aansluiten bij de mededingingsbepalingen, de artt. 3 g. 5, 85 en 86 EG-Verdrag» (zie voor een overzichtelijke commentaar Mortelmans, K., «Artikel 5 EG juncto art. 30 EG: een nieuwe route voor het vrije verkeer van goederen», *Ars Aequi*, 1998, nr. 3, p. 200-212).

(Voltallig Hof – zaak C-265/95, Commissie/Frankrijk)

Wilfried Rauws

Hof van Justitie, 17 februari 1998

Gelijke behandeling van mannen en vrouwen – Reisfaciliteiten – Partners van hetzelfde geslacht

Men heeft lange tijd verondersteld dat *geslachtsdiscriminatie* alleen de relatie man versus vrouw betrof. Recent is evenwel duidelijk geworden dat art. 5, eerste lid, richtlijn 76/207/EEG eveneens van toepassing is op transseksuelen. Volgens het Hof mogen deze personen niet worden ontslagen om redenen die verband houden met hun geslachtsverandering (arrest van 30 april 1996, zaak 13/94, Cornwall, *Jur.*, 1996, I, 2143, en *Soc.Kron.* 1996, 323, met noot J. Jacqumain). In de zaak *Grant* wordt dan weer een standpunt ingenomen m.b.t. de toepassing van de Europese antidiscriminatie-normen t.o.v. homoseksuelen.

Een Engelse spoorwegonderneming kent aan echtgenoten van werknemers reisfaciliteiten toe. Met de wederhelften worden personen gelijkgesteld van het andere geslacht met wie de werknemer sinds twee jaar of langer een «serieuze» relatie onderhoudt. Mevrouw Grant heeft een dergelijke verhouding, alleen is de partner van hetzelfde geslacht. De werkgever weigert om die reden het loonvoordeel. Mevrouw Grant stapt hierop naar de rechter, die het Hof prompt bestoekt met niet minder dan zes prejudiciële vragen. Advocaat-generaal Elmer heeft alleszins zijn best gedaan om dit heikele onderwerp op een zeer serene manier te benaderen. Hij kwam tot de slotsom dat het een geval van directe geslachtsdiscriminatie betreft. Een rechtvaardiging leek hem niet mogelijk, omdat de verschillende behandeling louter en alleen was gebaseerd op de morele overwegingen van de wetgever.

Het Hof deelt de mening van de advocaat-generaal evenwel niet. Onder verwijzing naar standpunten van zowel de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens als het Europese Hof voor de Rechten van de Mens wordt besloten dat duurzame relaties tussen twee personen van hetzelfde geslacht in de huidige stand van het recht binnen de Gemeenschap niet kunnen worden gelijkgesteld met een huwelijk of een duurzame relatie tussen personen van een verschillend geslacht. Het verdict luidt dan ook dat er in dit specifieke geval geen sprake is van discriminatie ingevolge de Europese normen die de gelijke beloning voorschrijven (art. 119 van het Verdrag en richtlijn 75/117/EEG). In paragraaf 48 signaleert het Hof dat art. 6A van het Verdrag van Amsterdam de Raad onder bepaalde voorwaarden de mogelijkheid geeft om passende maatregelen te nemen om diverse vormen van discriminatie – waaronder die op grond van seksuele geaardheid – te bestrijden.

Voor een uitgebreide(re) bespreking en commentaar verwijzen we naar A. Veldman, «Het homoseksuele paar, hun treinkaartjes en het recht», *Nemesis* 1998, 1-4 en J. Jacq-

main, «Europe sociale, Europe morale», *Soc.Kron.* 1998, 248.

(Voltallig Hof – Zaak C-249/96, L.J. Grant/South West Trains Ltd)

Patrick Humblet

Hof van Justitie, 28 april 1998

Vrij verkeer van goederen – Art. 30 en 36 EG-Verdrag – Vergoeding voor andere lidstaten gemaakte ziektekosten – Voorafgaande toestemming van bevoegd orgaan

In het arrest Decker leidt het Hof van Justitie uit het vrije verkeer van goederen af dat sociaalverzekerden in beginsel zonder de voorafgaande toestemming van het sociaalzekerheidsorgaan in een andere lidstaat medische producten kunnen kopen en toch een forfaitaire vergoeding van de medische kosten krijgen. Een analoge redenering maakte het Hof in het arrest Kohll (28 april 1998, zaak C-158/96) voor de medische diensten verstrekt door een zorgverlener in een andere lidstaat gevestigd, maar dan vertrekkende van het vrij verkeer van diensten (art. 59 en 60 EG-verdrag) (zie over de beide arresten de indringende commentaar van A.P. Van Der Mei, «Decker en Kohll: op weg naar een vrij verkeer voor patiënten in de Europese Gemeenschap», *Nederlands Tijdschrift voor sociaal recht*, 1998, nr. 6, 187-196).

(Voltallig Hof – zaak C-120/95, Decker).

Wilfried Rauws

Hof van Justitie, 30 april 1998

Gelijke behandeling van mannen en vrouwen – Zwangerschapsverlof – Arbeidsvoorwaarden – Promotiekansen

Mannen en vrouwen moeten op grond van de bepalingen van de richtlijn 76/207/EEG dezelfde arbeidsvoorwaarden genieten. Dit impliceert o.a. dat zij dezelfde kansen moeten hebben op promotie. Wanneer vrouwen zwanger worden, zijn ze gedurende een bepaalde periode afwezig, waardoor hun carrière soms in het gedrang komt. Zo nam mevrouw Thibault in 1983 zwangerschapsverlof op, alsook een aantal weken extra vakantie. Binnen het bedrijf geldt de regel dat werknemers zes maanden aanwezig moeten zijn opdat zij geëvalueerd worden. Door deze beleidslijn komt mevrouw Thibault in dat jaar niet in aanmerking. Een niet-beoordeling hypothekeert echter haar promotiekansen. Zij vecht de evaluatieweigering dan ook aan voor de *Conseil des prud'hommes*, die deze praktijk als discriminatoir bestempelt.

In antwoord op een prejudiciële vraag van het Franse Hof van Cassatie bevestigt het Hof dat een dergelijke houding een rechtstreekse discriminatie vormt op grond van het geslacht. Art. 2, derde lid en art. 5, eerste lid, richtlijn 76/207/EEG werden geschonden. Hieruit blijkt dus dat het discriminatieverbod niet wordt beperkt tot het pre- en postnataal verlof, maar tevens van toepassing is op de aansluitende periodes.

Betekent dit dat de vrouw die na haar postnataal verlof beroepsloopbaanonderbreking opneemt om haar kind op te voeden niet van promotiekansen mag worden verstoken? Hoewel dit misschien een vrij fantastische hypothese is, durven we ze niet uit te sluiten (zie bv. de opmerkingen onder dit arrest van M. Monster, *Nemesis* 1998, nr. 5, *Actualiteitencatern*, 8, nr. 925).

(Zesde kamer – Zaak C-136/95, CNAVTS t/ Thibault)

Patrick Humblet

Hof van Justitie, 17 juni 1998

Gelijke behandeling van mannen en vrouwen – Indirecte discriminatie – Ambtenaar – Deeltijdbetrekking – Tweelingbaan – Salarisverhoging bepaald op basis van werkelijke arbeidstijd

Het Hof heeft recent in de zaken *Gerster en Kording* (bespreking zie *R.W.*, 1998-99, 28) discriminatie van deeltijds werkende vrouwelijke ambtenaren veroordeeld. In de zaak *Hill* is dezelfde problematiek aan de orde. Ierse overheidsambtenaren hebben de mogelijkheid om in een tweelingbaan te werken. Twee ambtenaren vervullen samen één functie. Voor elke rang waarin tweelingbanen bestaan, geldt voor de in een dergelijk regime werkzame personeelsleden een salarisschaal waarbij elke trap 50% bedraagt van de voor voltijds werkzame personeelsleden geldende trap. De ambtenaar wordt elk jaar een trap hoger geplaatst indien hij zijn taak naar tevredenheid vervult. Bij overgang van een tweelingbaan naar een voltijdbaam wordt elk in een tweelingbaan vervuld dienstjaar aangemerkt als zes maanden. Tweelingbanen zijn vooral populair bij vrouwen, die in een dergelijk systeem o.a. instappen om hun jonge kinderen op te voeden. Wanneer dezen dan wat ouder zijn, schakelt de vrouwelijke ambtenaar opnieuw over op een voltijdbaam. Ingevolge de bestaande regeling worden zij dan teruggeplaatst naar een lagere trap. Zoals te verwachten was, veroordeelt het Hof een dergelijke praktijk als strijdig met art. 119 EG-Verdrag en richtlijn 75/117/EEG. Dit is immers een indirecte discriminatie, tenzij zou kunnen worden bewezen dat de regeling wordt gerechtvaardigd door objectieve factoren die niets van doen hebben met geslachtsdiscriminatie.

(Zesde kamer – Zaak C-243/95, K. Hill en A. Stapleton t/ The Revenue Commissioners en Department of Finance)

Patrick Humblet

Hof van Justitie, 22 september 1998

Gelijke behandeling van mannen en vrouwen – Referenties i.v.m. de ontslagen werknemer

Art. 6 van richtlijn 76/207/EEG legt de lidstaten de verplichting op om in hun nationale wetgeving bepalingen op te nemen om eenieder die meent benadeeld te zijn door de niet-toepassing van het beginsel van de gelijke behandeling, de mogelijkheid te bieden om zijn rechten voor het gerecht te doen gelden na eventueel een beroep op andere bevoegde instanties te hebben gedaan. In *Coote t/ Granada* heeft

het Hof de kans gekregen om zich uit te spreken of deze verplichting ook geldt in omstandigheden die zich voordoen na het beëindigen van de arbeidsovereenkomst.

De arbeidsovereenkomst van Belinda Jane Coote wordt in september 1993 door haar werkgever opgezegd. Zij stelt prompt een vordering in wegens geslachtsdiscriminatie, omdat zij meent dat zij werd ontslagen wegens haar zwangerschap. De zaak wordt in der minne geregeld. In juli 1994 is mevrouw Coote tevergeefs op zoek naar een nieuwe job. Zij wijt haar falen aan het feit dat haar ex-werkgever geen referenties heeft willen geven aan een arbeidsbemiddelingsbureau.

In zijn antwoord op de prejudiciële vraag van het *Employment Appeal Tribunal* stelt het Hof dat bij gebreke aan een duidelijke aanwijzing in tegengestelde zin uit de richtlijn, niet kan worden afgeleid dat de bescherming van de werknemer tegen vergeldingsmaatregelen moet worden beperkt tot het ontslag alleen. Nationale wetgeving moet dus bepalingen omvatten die de werknemer beschermen wiens ex-werkgever weigert referenties te geven als reactie op een vordering die werd ingediend om het beginsel van gelijke behandeling in de zin van de richtlijn te doen naleven. Dit arrest verbiedt waarschijnlijk ook impliciet het natrappen. Het is niet voldoende dat de werkgever referenties geeft. Zij moeten waarheidsgetrouw zijn.

In België zou een gediscrimineerde eventueel op grond van een richtlijnconforme interpretatie van de Wet Gelijkheid Man-Vrouw aan de rechter kunnen vragen om de werkgever onder verbeurte van een dwangsom te verplichten referenties te leveren. De minister van Tewerkstelling en Arbeid zou dit probleem echter beter expliciet regelen wanneer zij – zoals aangekondigd – de voormelde wet zal herschrijven.

(Voltallig Hof – Zaak C-185/97, B.J. Coote t/ Granada Hospitality Ltd)

Patrick Humblet

BOEKEN

G. VAN OVERWALLE, (ed.), **Octrooirecht, ethiek en biotechnologie**, in Centrum voor intellectuele rechten (C.I.R.), nr. 13, Brussel, Bruylant, 1998, 183 p.

In het dertiende deel van de reeks die wordt uitgegeven door het Centrum voor Intellectuele Rechten, zijn de verslagen opgenomen van een op 29 april 1997 gehouden studiedag waarop juristen en ethici, naar aanleiding van het verlenen van octrooien voor biotechnologische uitvindingen, samen op zoek gingen naar de vraag of de ethiek grenzen kan stellen aan het octrooirecht.

In een eerste bijdrage legt P. Marynen op een zeer duidelijke wijze de principes van de biotechnologie uit. Zo vindt men bv. in zijn bijdrage een heldere uiteenzetting over wat het klonen van dieren juist is, iets wat op dit ogenblik zeer erg in de belangstelling staat. Vervolgens vindt men in het hier besproken verslagboek drie juridische bijdragen. De kern van de tekst van G. Van Overwalle bestaat uit de beantwoording van twee vragen. Allereerst gaat zij in op de vraag welke de weerslag is op de octrooierbaarheid van biotechnologische uitvindingen van een aantal in het octrooirecht opgenomen technische uitsluitingsbepalingen. Daarna behandelt zij de vraag naar de implicaties op de octrooierbaarheid van biotechno-

logische uitvindingen van de in het octrooirecht ingebouwde ethische uitsluitingsbepalingen. Wat dit laatste betreft, wijst G. Van Overwalle erop dat de confrontatie van het octrooirecht met de ethiek vele vragen opwerpt, waarvan zij er een aantal aanstipt. Een interessante vraag in dit verband is of het wenselijk is dat de ethische reflectie over de octrooierbaarheid van levende materie moet worden uitgevoerd door de octrooiverlenende instantie zelf, dan wel door een onafhankelijk orgaan, of enkel door rechtbanken. In de bijdrage van R. Moufang, die een grondige analyse bevat van art. 53, a) van het Europees Octrooierverslag, vindt men in dit verband reeds een begin van antwoord op de vraag of die ethische beoordeling niet moet worden uitgevoerd door de octrooiverlenende instanties. D. Vanderghenst blijft in zijn bijdrage stilstaan bij de begrippen openbare orde en goede zeden in de verschillende teksten, tot en met het advies van het Europees Parlement van 16 juli 1997 i.v.m. het voorstel van de Europese Commissie van 13 december 1995, die geleid hebben tot de richtlijn betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen.

Na de drie juridische bijdragen zijn in het hier besproken verslagboek vier teksten terug te vinden die zijn samengebracht onder de titel: «Octrooirecht, ethiek en biotechnologie: de filosofische invalshoek». Een eerste tekst in dit verband is van de hand van E. Vermeersch. Vertrekkend van een aantal heel algemene gedachten over ethiek daalt hij af naar een aantal specifieke overwegingen i.v.m. het probleem van de biotechnologie. Zeer vele beoefenaren van het octrooirecht zullen wel niet akkoord kunnen gaan met de opvatting van E. Vermeersch, die niet tegen octrooiering en het hele octrooisysteem zelf is, maar dat de winsten uit octrooien op «rechtvaardige» wijze moeten worden gealloceerd, en dus niet alleen naar de uitvinder of zijn rechthebbende(n) mogen gaan. Volgens hem moet de mensheid als geheel baat hebben bij het octrooisysteem. Na een bijdrage van D. Posey and G. Duffield met als titel «Plants, patents and traditional knowledge: ethical concerns of indigenous and traditional peoples», is er de zeer interessante uiteenzetting van J. De Tavernier. In zijn tekst brengt deze hoogleraar aan het Centrum voor Agrarische Bio- en Milieu-ethiek van de K.U. Leuven, de bestaande discussie vanuit ethisch oogpunt in kaart, die bestaat i.v.m. transgenese bij dieren. In dit verband toont J. De Tavernier zich voorstander van een «neen, tenzij»-beleid. Er moet een verbod bestaan voor handelingen met dieren waarbij de integriteit van dieren wordt aangetast en waarbij soortgrenzen bij dieren worden overschreden. Ontheffing van het verbod kan enkel wanneer er een zwaarwegende proportionele reden voor is. Dit kan bv. het geval zijn wanneer een biotechnologische handeling resulteert in de productie van diergeneesmiddelen of verhoging van resistentie tegen ziekten, in tegenstelling tot een handeling die uitsluitend leidt tot verhoging van de productie. Een laatste bijdrage, die uitermate lezenswaardig is, is van de hand van H. Nys. Zijn uiteenzetting handelt uitgebreid over het nader gebruik van lichaamsmateriaal, meer bepaald als grondstof voor het ontwikkelen (de productie) van therapeutische producten. Hierbij gaat H. Nys in op de vraag wie over dit nader gebruik beslist, en of een patiënt bij wie lichaamsmateriaal voor een ander doel werd afgenomen, aanspraak kan maken op de winst die de verkoop van de genoemde therapeutische producten oplevert.

Hendrik Vanhees

H.J. DE VRIES en P.J.J. VAN BUUREN, **De betekenis van de Algemene wet bestuursrecht voor het ruimtelijk bestuursrecht**, in Monografieën Algemene Wet bestuursrecht, Deventer, Kluwer, 1998, 169 p.

Het sleutelen aan de wetgeving ruimtelijke ordening (WRO) is in Nederland al verder gevorderd dan in Vlaanderen. De huidige WRO besteedt ruime aandacht aan allerlei ruimtelijke planningsinstrumenten, die door de recentste hervormingen van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) een meer juridische betekenis kregen. Het is die invloed van de Awb op het ruimtelijk ordeningsrecht en meer bepaald op de ruimtelijke plannen daaruit, die centraal staat in dit boek, een invloed die in de nabije toekomst nog kan versterkt worden als het voorliggende wetsvoorstel tot wijziging van de WRO wordt goedgekeurd.

Over dit onderwerp schreven beide auteurs samen reeds een preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Bouwrecht, waarvan dit boek een geactualiseerde versie is: nieuwe rechtspraak en rechtsleer werden erin verwerkt, maar ook al dan niet nog geplande

wijzigingen in de wetgeving noopten tot een gevoelige wijziging van de tekst van het preadvies.

In het eerste, inleidende hoofdstuk wordt hoofdzakelijk stilgestaan bij de beroepsmogelijkheden uit de WRO in relatie tot de voorschriften van art. 8:2 Awb en bij het feit dat in de WRO het beroep bij de bestuursrechter tegen ruimtelijke plannen vaak in één rechtsaanleg wordt beslecht, terwijl de Awb in de regel twee aanleggen inbouwt.

Hoofdstuk twee geeft een overzicht van de ruimtelijke plannen met een zogenaamd «strategisch karakter»: plannen die het ruimtelijk beleid op lange termijn vastleggen. De verschillende totstandkomingsprocedures worden besproken, de wettelijke regelingen worden vergeleken en de mate van juridisch bindende werking wordt onderzocht aan de hand van bestuursrechtspraak.

Het gemeentelijk bestemmingsplan, dat als enige zowel voor de overheid als voor de burger bindend is, staat centraal in hoofdstuk drie. De onvermijdelijke behandeling van de bouwvergunning, het instrument bij uitstek om het bestemmingsplan te verwezenlijken en te handhaven, vindt plaats in hoofdstuk vier. Het spreekt voor zich dat daarbij enkel wordt ingegaan op kwesties die verband houden met het samengaan van de WRO of de Woningwet en de Awb: de aanvraagprocedure, de hoorplicht t.a.v. de verschillende betrokkenen, de aanhoudingsplicht en bezwaren en beroepen tegen een bouwvergunning.

Het onderwerp van hoofdstuk vijf is bijzonder interessant: daar komt namelijk de vraag aan bod of de «juridificatie» van het beleid en van het ruimtelijk beleid in het bijzonder wel degelijk plaatsheeft en of dat nu al dan niet valt toe te juichen. Het feit dat het beleid van het bestuur in toenemende mate wordt gereguleerd en juridisch controleerbaar wordt, wordt door beide auteurs op prijs gesteld. Ze zien het als een autonome evolutie, onder meer ingegeven door het E.V.R.M. en door algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. De juridificatie is dan ook niet terug te schreeven, ook al kan bijsturing hier en daar gewenst zijn. Het bestuur moet echter vooral met deze evolutie leren omgaan, ermee rekening houden vooraleer er uitspraken worden gedaan en beslissingen worden genomen: het respecteren van de beginselen van behoorlijk bestuur verkleint immers gevoelig de kans op een rechterlijke afwijzing van het beleid.

Het boek wordt afgesloten met een literatuurlijst en een trefwoordenregister, maar een besluit ontbreekt, o.i. ten onrechte.

Zoals vaak het geval is, is het vooral vanuit rechtsvergelijkend perspectief interessant om buitenlandse rechtsliteratuur met de nodige aandacht te lezen. Zoals hier in de inleiding werd aangegeven, werkt men ook in Vlaanderen aan een hervorming van het ruimtelijk ordeningsrecht en komt het opstellen van (bindende?) plannen op allerlei bestuursniveaus centraler te staan. De Nederlandse ervaringen kunnen een leerrijke bijdrage tot dit herzieningsproces zijn.

Ann Carette

P. VERMEEREN en P. HANCKÉ, **Pensioenfondsen**, Gent, Mys & Breesch, 1998, 144 p.

In een eerste deel wordt een pensioenfonds onderscheiden van een groepsverzekering en worden de diverse soorten pensioenfondsen onderscheiden.

Daarna gaan de auteurs in op de factoren en elementen waarmee rekening moet worden gehouden bij de oprichting van een pensioenfonds (onder het stelsel 'te bereiken doel'), vertrekkende van de uitvoeringsbesluiten van 14 en 15 mei 1985 op de private verzorgingsinstellingen.

Vervolgens worden de rechten en verplichtingen van het pensioenfonds, de werkgever en de begunstigde-werknemer geschilderd.

Niet onbelangrijk zijn de fiscale aspecten bij de fondsvorming, maar vooral bij de uitkering van de verworven prestaties.

De auteurs bespreken ten slotte de mogelijkheden voor kleine en middelgrote ondernemingen om (samen) een beroep te doen op een pensioenfonds.

Positief aan het boek is dat het een gedegen praktijkgerichte analyse geeft van een onderwerp waarvoor weinig literatuur bestaat. Negatief is het ontbreken van een notenapparaat en een zaakregister.

W. Rauws

D. HEREMANS, H. COUSY (eds.), **Essays in Law and Economics III: Financial Markets and Insurance**, Antwerpen, Maklu, 1996, 277 p.

Dit werk bundelt een deel van de rapporten die werden voorgesteld op het elfde jaarlijkse congres van de *European Association of Law and Economics*, gehouden te Leuven op 1-3 september 1994. De editors, die het boek inleiden met een algemene samenvatting van het congres, hebben hiervoor vier hoofdthema's uitgekozen: (1) belasting van spaartegoeden en de globalisering van de financiële markten; (2) regulering van financiële markten; (3) *corporate governance*-structuren en (4) particuliere verzekering als complement voor sociale zekerheid. Het laatste, bescheiden gedeelte, komt in deze recensie niet verder aan bod.

Bij lectuur van het boek springt de blijvende actualiteitswaarde van de thema's en de hoogwaardige kwaliteit van de meeste bijdragen in het oog. Dit geldt allereerst voor het themarapport betreffende de belasting op spaartegoeden en de globalisering van de financiële markten: Frans Vanistendael wijst op grond van een vergelijkende studie van de belastingstelsels in de V.S. en in verschillende EU-lidstaten, op veelvuldige inconsistenties van de systemen, zowel intern als in grensoverschrijdend verband. Tevens argumenteert Vanistendael dat de internationalisering van het kapitaalverkeer bepaalde basisprincipes of betrachtingen inzake belasting op spaartegoeden toenemend onder druk zet (bijvoorbeeld: de wensdroom om inkomsten uit kapitalen even zwaar te taxeren als inkomsten uit arbeid). Dit noopt de auteur tot de formulering van, door pragmatisme ingegeven, alternatieve basisbeginselen inzake de belasting op spaartegoeden. Deze beginselen worden in een repliek door Dirk Heremans kritisch geanalyseerd. Zo argumenteert de respondent dat het door Vanistendael voorgestelde onderscheid voor taxatiedoeleinden tussen vaste en voorwaardelijke inkomsten niet werkbaar is in het licht van de toenemende complexiteit van nieuwe financiële producten.

Het deel betreffende regulering van financiële markten omvat twee bijdragen. Edmund Kitch verdedigt, aan de hand van een gedetailleerd voorbeeld, de stelling dat de verplichtingen inzake financiële informatie in de V.S. door hun precisiegraad sterk verschillen van de rest van de wereld. De auteur vreest dat de voortschrijdende globaliseringstrend ook op dit vlak tot spanningen zal leiden. Javier Estrada verwoordt de thans meer dan eens gehoorde stelling die op basis van een economische analyse de regulering van misbruik van voorwetenschap in haar geheel beschouwd, onwenselijk acht.

Een aantal bijdragen wordt onder het thema «*corporate governance*» ondergebracht, dat evenwel voor de gelegenheid door de editors bijzonder ruim wordt opgevat. Ook dit deel bevat interessante essays: zo de «noot» van P. Sercu en C. Van Hulle, waarin wordt onderzocht tot op welke hoogte de financieringsstructuur en de verdeling van de stemkracht binnen een vennootschap zonder invloed blijven op het succes van een (vijandig) overnamebod. S. Diacon en N. O'Sullivan gaan tot het eigenlijke thema over: ze voeren een empirisch onderzoek naar de soorten *governance*-instrumenten en de weerslag ervan op ondernemingsprestatie, toegespitst op Britse verzekeringsondernemingen. De auteurs concluderen dat formele *governance*-structuren een positieve weerslag op de resultaten van de onderneming kunnen hebben, maar dat ook op dit vlak overdaad kan schaden.

Uit het voorgaande zal duidelijk zijn dat de kwaliteiten van dit boek voornamelijk op het academische gebied zijn gelegen en dus voornamelijk dit publiek zullen weten te boeien. De essays vormen een nuttige bijdrage tot onderzoeksgebieden die thans nog in het middelpunt van de belangstelling staan. Het extensieve gebruik door sommige auteurs van wiskundige modellen zal de klassiek geschoold jurist weliswaar bij tijd en wijlen afschrikken, maar doet geen afbreuk aan de kwaliteit van het werk.

Michel Tison

Johan MEEUSEN, **Nationalisme en internationalisme in het internationaal privaatrecht**, Antwerpen, Intersentia, 1997, 565 p.

Dit proefschrift is ambitieus, zoals de ondertitel «Analyse van het Belgisch Conflictenrecht» laat aanvoelen. In zijn studie onderzoekt Dr. Johan Meeusen het hele Belgische IPR naar de vraag of dit IPR er nu toe strekt om specifiek het Belgische recht (= nationalisme) of het recht – Belgisch of buitenlands – dat voor de casus geschikt

is (= internationalisme) aan te wijzen. M.a.w. is het Belgisch IPR open en neutraal in zijn aanwijzing in het eigen of vreemd recht of heeft het een principiële voorkeur voor de toepassing van de *lex fori*? Zijn zoektocht naar het nationalisme v. internationalisme brengt hem langs het hele IPR-instrumentarium.

Zo stelt hij een schijnbaar nationalisme vast, omdat vele verwijzingscategoriën vooral vanuit het Belgische interne recht werden geïmplementeerd. Slechts zelden zijn verwijzingscategoriën onafhankelijk van de Belgische opvatting geformuleerd. Rechtsfiguren die niet als zodanig in het Belgische recht zijn gekend (bijv. verloving, concubinaat) worden zelden als specifieke verwijzingscategorie erkend. Uiteindelijk leidt deze nationalistische oorsprong van de verwijzingscategoriën evenwel niet tot de steevaste toepassing van de *lex fori*, zodat zij neutraal is in de spanning nationalisme v. internationalisme.

Het nationalisme zit echter vaak in een onverwachte hoek. Vaak knoopt de aanknopingsfactor de rechtsvraag aan het recht dat geografisch nauw met deze vraag is verbonden (*lex rei sitae* voor goederen; *lex loci delicti* voor onrechtmatige daad; wet van de woonplaats in enkele familierechtelijke aangelegenheden). De *Gleichlauf* tussen de rechterlijke bevoegdheid en het toepasselijke recht die alrelebi door dezelfde geografische criteria worden bepaald, leidt er dan toe dat de rechter zijn *lex fori* zal toepassen in een uiting van «nationalisme».

Anderzijds hebben aanknopingsfactoren, zoals de nationaliteit voor het personeel statuut, vaak tot gevolg dat buitenlands recht van toepassing is, wat dan weer op «internationalisme» wijst.

Meeusen komt dan tot de conclusie dat in het Belgische IPR een «selectief nationalisme», nl. een compromis tussen nationalisme en internationalisme, geldt. Dat het onderscheid niet gemakkelijk te maken is, blijkt bijv. uit het feit dat de wet Rolin inzake echtscheidingen tegelijkertijd «nationalistisch» en «internationalistisch» is (p. 59-63): de toelaatbaarheid van de echtscheiding wordt bepaald door het (buitenlandse) recht van de eiser (= internationalisme); uiteindelijk zal echter stevast de echtscheiding volgens Belgisch recht worden beoordeeld (= nationalisme).

Belangrijk is de vaststelling dat thans via aanknopingsfactoren meer en meer de *lex fori* wordt toegepast (wat Meeusen eufemistisch «minder selectief nationalisme» noemt).

De kwalificatie volgens de *lex fori* heeft niet tot doel om de toepassing van het vreemde recht te ontwijken (= internationalisme). Het renvoi daarentegen wel (= nationalisme). Ook de openbare orde-exceptie zet niet alleen de vreemde rechtsregel terzijde, maar leidt vaak tot de toepassing van eigen recht (= nationalisme).

De materiële IPR-normen die uit verdragen komen, zijn doorgaans «internationalistisch» omdat zij in alle verdragslanden gelden. De materiële IPR-normen uit het Belgische recht zijn uiteraard overwegend nationalistisch, want enkel geldend als Belgisch recht. Ook de Belgische voorrangregels (de zgn. «politiewetten») zijn nationalistisch, want opgedrongen door het Belgische recht. De Belgische rechter, die daarentegen buitenlandse voorrangregels zou toepassen op bijv. consumentenovereenkomsten, arbeidscontracten en handelspraktijken, handelt dan weer «internationalistisch».

De algemene leidraad en conclusie van het proefschrift is dat «nationalisme» in zekere mate in het Belgische IPR nodig is om op andere gebieden ten volle open te kunnen staan voor het vreemde recht. Door «nationalisme» wordt «internationalisme» in de praktijk mogelijk.

Dit korte overzicht kan onmogelijk de gedetailleerde en genuanceerde analyse van het hele Belgische IPR recht doen. Met de tegenstelling «nationalisme-internationalisme» als perspectief, heeft de auteur de hele recente Belgische IPR-rechtspraak en rechtsleer in kaart gebracht. De uitvoerige jurisprudentiereferenties in de voetnoten en de vijftig pagina's bibliografie bevestigen dat het proefschrift uitstekend onderbouwd is.

Het proefschrift bewijst dat Dr. Meeusen het IPR onder de knie heeft. Het voorwerp van zijn studie is evenwel dermate omvangrijk dat er weinig ruimte overbleef voor een kritische reflectie over de gegrondheid van het «Heimwärtsstreben». Er is terzake immers nog veel werk aan de winkel. Een vergelijking met het IPR van bijv. Nederland zou kunnen aantonen hoe goed België op de «internationalisme-meter» scoort. Een doorgedreven onderzoek van de vroegere rechtspraak en doctrine zou een inzicht kunnen geven in de

band tussen de «*Zeitgeist*» en IPR en in de huidige evolutie naar een «minder selectief nationalisme».

In afwachting van verder studiewerk in deze richting, heeft het Belgisch IPR er alvast, dank zij Dr. Meeusen, een standaardwerk bijgekregen.

H. Van Houtte

X. DIJON, *Droit naturel, Tome 1, Les questions du droit*, Parijs, PUF, 1998, 618 p.

Veertig jaar na het verschijnen van de vierde druk van de *Leçons de droit naturel, t.I. Le fondement du droit et de la société*, van J. Lelercq (Universiteit Leuven), schrijft X. Dijon (Fac. Univ. Notre-Dame de la Paix, Namen) op zijn beurt een uitvoerige studie over hetzelfde onderwerp.

Na de inleiding licht de auteur de natuurrechtelijke methode toe, maar wijst vooral op de vele betekenissen van het begrip «natuur» in het menselijk denken. Uiteindelijk verwijst het begrip «natuur» naar *gegevenheden* in de werkelijkheid die het menselijk handelen en dus onze vrijheid voorafgaan én medebepalen. Het natuurrecht herinnert eraan, zo schrijft Dijon «à quel point l'homme est précédé et sa liberté», alsook «à combien d'engendremens il doit d'être ce qu'il est» (p. 35).

De studie van het natuurrecht wordt dan een zoektocht naar deze gegevenheden die niet mogen worden genegeerd bij het totstandkomen van de rechtsregels. Vanzelfsprekend moeten deze gegevenheden worden gezocht op een dieper niveau dan waar de «bronnen» van het recht gelegen zijn.

De zoektocht wordt aangevat in het *grondwettelijk* recht (titel I). De kans is immers groot, zo betoogt de auteur terecht, dat in «grondwetten ongetwijfeld sporen te vinden zijn die leiden naar de *grondslagen* van elke rechtsregel. In het grondwettelijk discours vindt men inderdaad, als fundering van elke geldende rechtsregel in de moderne rechtstaat: allereerst de grondwettelijke norm, vervolgens de grondwetgever (*le Constituant*), ten slotte de *grondrechten* en de *publieke vrijheden* van de burger. Dat deze grondrechten en vrijheden (sedert 1789 tot heden) als de ultieme norm worden beschouwd bij de organisatie van de staatsmachten, alsook bij de rechtsvorming en rechtshandhaving, betekent, *natuurrechtelijk*, dat de *menselijke persoon* (houder van deze grondrechten en vrijheden) de eerste en voornaamste *voorafgegeven* werkelijkheid is waarmee rekening moet worden gehouden bij het ontwerpen van de rechtsregel. Om deze reden krijgt de menselijke persoon dan ook een centrale plaats in de rechtsordering als *rechtssubject*. Als auteur van «Le sujet de droit et son corps» stipt X. Dijon daarbij aan dat het meer bepaald de *lichamelijke* gegevenheid is van de menselijke persoon die relevant is voor het recht.

In de titels II tot VII onderzoekt de auteur welke *a priori's* kunnen worden afgeleid voor de belangrijkste rechtstakken uit de gegevenheid «menselijke persoon-als-lichaam».

Voor het personenrecht en het familierecht luidt het *a priori*: eerbied voor het leven en de lichamelijke integriteit. Daaruit volgt het niet mogen beschikken over andermans lichamelijkeheid, over andermans leven, over de staat van de persoon, over de wijze waarop het leven wordt doorgegeven. Onnodig erop te wijzen dat dit *a priori* in het personen- en familierecht stevige weerstanden inbouwt die behouden tegen willekeur of overmacht van het individu of van een andere maatschappelijke machtsvorm (overheid, economie, media, biowetenschap).

Betreffende het vermogensrecht gelden verschillende *a priori's*: dat de goederen mogen worden toegeëigend, maar uiteindelijk toch bestemd zijn voor éénieder (*destinés à tous*), dat *evenwicht* tussen wederzijdse prestaties moet worden nagestreefd en dat het *gegeven woord* moet worden nageleefd. In deze *a priori's* zijn rechtvaardigheid en sociale trouw herkenbaar.

Het strafrecht ligt natuurrechtelijk bijzonder gevoelig. Het ordeningsbeginsel prevaleert hier ongetwijfeld op de vrijheid. Maar de *waardigheid van de mens en zijn rechten* moeten geëerbiedigd, ook al gaat het over een verdachte of een beschuldigde. Dit is het natuurrechtelijk *a priori* van het strafrecht.

Ook voor het internationaal recht ten slotte geldt wederzijdse *erkenning*.

In al deze natuurrechtelijke *a priori's* zijn duidelijk ethische eisen herkenbaar: eerbied voor de menselijke waardigheid en vrij-

heid, rechtvaardigheid, trouw, *Anerkennung*. Aan het positieve recht komt het toe de voorwaarden te scheppen die de wederzijdse erkenning van elkaars vrijheid en rechten mogelijk maken. De natuurrechtelijke *a priori's* verlenen een *ethische* kwaliteit van het recht «Le droit naturel (...) se situe à l'intérieur du droit positif comme une tension de type éthique qui empêche justement la positivité du droit de s'épuiser dans un «coup de force» ou de se constituer en un système volontairement fermé» (p. 606).

Het boek is een diepzinnige studie over een rechtsfilosofisch vraagstuk dat zeer actueel is: waar vinden wij de uiteindelijke legitimering van de rechtsregel? Het natuurrechtelijk betoog wordt telkens in elke *titel* aangevuld met een rijk gestoffeerde *Etat des questions* waarin bijzondere vraagstukken en andere rechtsfilosofische onderwerpen worden besproken.

F. Van Neste

E.S. VAN DE GRAAF, **Patent Law and Modern Biotechnology**, Gouda Quint, Deventer, 1997, 447 p.

Met deze studie promoveerde de auteur op 4 september 1997 tot doctor in de rechten aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. De studie is te zien als een drieluik: in het eerste deel wordt de octrooierbaarheid van plantaardige, dierlijke en menselijke uitvindingen onderzocht, in het tweede deel worden de materiële verleningsvereisten voor de verkrijging van een octrooi voor levend materiaal geanalyseerd en in het derde deel wordt de beschermingsomvang van biotechnologische octrooien behandeld.

Het eerste deel richt zich vooral op de moeilijkheden ten aanzien van art. 53 van het Europees Octrooiverdrag, waarin uitvindingen waarvan de openbaarmaking of toepassing indruist tegen de openbare orde of goede zeden, van octrooierbaarheid worden uitgesloten (art. 53 (a)), evenals planten- en dierenrassen, met uitzondering van microbiologische werkwijzen en hierdoor verkregen voortbrengselen (art. 53 (b)). T.a.v. art. 53 (a) wijst de auteur op de nu eens restrictieve, dan weer minder restrictieve interpretatie van de begrippen «openbare orde» en «goede zeden» door het Europees Octrooibureau, alnaargelang het gaat om de octrooierbaarheid van dierlijk of menselijk materiaal. Tegen de recent naar voren gebrachte roep om alle ethische afwegingen uit het Europees Octrooiverdrag te bannen, pleit de auteur voor het behoud van art. 53 (a) en de opbouw van een genuanceerd begrippenkader, dat geïnspireerd is op de literatuur over bio-ethiek. T.a.v. art. 53 (b) gaat de auteur in op de decennia-oude problematische demarcatie tussen het octrooirechtgebied en het kwekersrechtgebied, waar de afgrenzingsdiscussie is verhevigd door de ontwikkelingen in de plantenbiotechnologie. De auteur lijkt zich aan te sluiten bij de huidige rechtspraak van het Europees Octrooibureau die een ruime omvang van het begrip «plantenrassen» respecteert en daarmee de ontsnappingsmogelijkheden op de uitsluiting van de octrooierbaarheid van plantenrassen inperkt.

Het tweede deel analyseert de voorwaarden van nieuwigheid en uitvinderswerkzaamheid. Het nieuwigheidsvereiste is een relatief makkelijk en objectief meetbaar criterium dat in het raam van biotechnologische uitvindingen weliswaar van bijzonder belang wordt wegens de deponering van biologisch materiaal en het prioriteitsrecht van de indieningsdatum. De beoordeling van het vereiste van uitvinderswerkzaamheid is daarentegen moeilijk en subjectief. Voor beide voorwaarden vergelijkt de auteur de Amerikaanse en de Europese benaderingswijze en besluit dat vermeende verschillen moeten worden gerelativeerd.

Het derde en laatste deel vergelijkt de beschermingsomvang van Amerikaanse en Europese (meer in het bijzonder Duitse, Nederlandse, Zwitserse en Engelse) octrooien. Uit deze comparatieve analyse blijkt dat de Europese landen in de bepaling van letterlijke inbreuk dezelfde ruime interpretatie volgen als Amerika, wat (nog) niet met zekerheid kan worden gezegd van inbreuk onder de equivalentie, omdat op dit punt nog weinig vergelijkingsmateriaal voorhanden is.

Dit proefschrift biedt ongetwijfeld een ruim overzicht van de stand van zaken op het vlak van octrooien voor biotechnologische uitvindingen. Hierbij gaat de auteur grondig te werk: zowel de fundamentele vraag naar de octrooierbaarheid van biotechnologische uitvindingen als de bijzondere moeilijkheden die bij biotechnologische uitvindingen rijzen in het raam van het vervullen van de

materiële beschermingsvoorwaarden, evenals de netelige problemen van de beschermingsomvang voor deze uitvindingen, komen aan bod; zowel het Europese als het Amerikaanse octrooisysteem worden uitgediept en vergeleken. Maar in deze brede – en ambitieuze – benadering schuilt ook de schaduwzijde van dit proefschrift. Het schuift enkel bedenkingen en suggesties naar voren in elk van de behandelde deeldomeinen, maar slaagt er nauwelijks in een allesomvattende en indringende eindconclusie te formuleren.

Geertrui Van Overwalle

Flora A.N.J. GOUDAPPEL, **Powers and Control Mechanisms in European Federal Systems**, Deventer, Gouda Quint, 1998, 273 p.

De titel van het boek is vernuftig gekozen. Hij zet het eerste en sterkste gedeelte scherp in het licht en leidt de aandacht af van het minder sterke vervolg.

In de eerste hoofdstukken (2 tot 4, het eerste hoofdstuk is inleiding) wordt aan de hand van de bevoegdheidsverdeling en de controlemechanismen daarop – door de auteur «*key-issues*» van de federale staatsvorm genoemd – op een grondige wijze de verhouding tussen federale overheid en deelstaten in de Zwitserse, Duitse en Belgische staatsstructuur geanalyseerd en vergeleken. Telkens worden de verschillen en overeenkomsten belicht. Dit levert interessante inzichten op, bijvoorbeeld dat de Zwitserse kantons en de Duitse deelstaten eigen grondwetten kunnen opstellen, maar toch vooral het besluit dat elke federale staatsstructuur bijzonder is, dat dé federale staat niet bestaat.

Na het federalisme in de praktijk komt in hoofdstuk 5 het federalisme in de theorievorming aan bod, met inbegrip van een historische benadering. Uit dit hoofdstuk blijkt dat dé federale staat ook niet duidelijk kan worden gedefinieerd.

Hoewel bij het lezen van de eerste vijf hoofdstukken hier en daar voorzichtigheid is geboden – zo kan de indruk ontstaan dat de Belgische staatsvorming op wetenschappelijk leest is geschoeid (p. 18), dat de Raad van State wetgevende normen kan vernietigen (p. 38), dat de sociale zekerheid een Gemeenschapsmaterie is (p. 63), dat concurrerende bevoegdheden in België niet bestaan (p. 68) en dat uit de rechtspraak van het Arbitragehof nog niet veel valt af te leiden (p. 86) – zijn zij vlot leesbaar, stevig onderbouwd en bijzonder leerzaam.

In het zesde en zevende hoofdstuk gaat het volgens de ondertitel, enkel vermeld op de binnenbladzijde, over: *A Comparative Approach to the Form of Government of the European Community*. Dit is het mindere, vooral minder overtuigende, vervolg. Hier moet – het is een proefschrift – een thesissen worden bewezen of weerlegd. Het federale gehalte van de Europese Gemeenschap wordt gemeten. De bevindingen uit de vorige hoofdstukken dienen als maatstaf. Gezien de aard van die bevindingen – dé federale staat bestaat niet en kan zelfs niet worden gedefinieerd – is de conclusie weinig spectaculair: in de staatsstructuur van de Europese Gemeenschap zijn zowel federale als confederale elementen aanwezig, naast eigen kenmerken. Geldt die conclusie niet evengoed voor België? Opmerkelijk is ten slotte dat de auteur het naast elkaar bestaan van gemeenschappen en gewesten een goed idee vindt voor Europa...

Jan Theunis

Beginnelsen van vennootschapsrecht in binationaal perspectief

Vergelijkende beschouwingen naar Belgisch en Nederlands recht

H.-J. DE KLUIVER EN J. WOUTERS (RED.)

1998; ISBN 90-5095-063-9; 367 blz; 2.750 BEF

Nummer 26 in de Ius Commune Europaeum reeks

Deze bundel is het resultaat van de samenwerking tussen de Katholieke Universiteit Leuven, de Universiteit Maastricht en de Universiteit Utrecht in het kader van de Onderzoeksschool Ius Commune. Onderwerp is een vergelijkende beschouwing van Nederlands en Belgisch vennootschapsrecht op basis van een beginselmatige benadering, die overigens steeds wordt uitgewerkt in concrete rechtsvragen. De bijdragen zijn in drie groepen verdeeld. Allereerst vindt men beschouwingen die betrekking hebben op 'structuurbeginselen'. Dit leidt tot concrete vragen als de werking van goede trouw en de gebondenheid van een vennootschap in oprichting. Vervolgens wordt 'de positie van aandeelhouders' bezien. Aan bod komen het gelijkheidsbeginsel, de toelaatbaarheid van stemovereenkomsten en de vraag of aandeelhouders vergoeding van zogenaamde 'afgeleide' schade kunnen vorderen. Ten slotte wordt ingegaan op het 'bestuur van vennootschappen'. Onderwerpen zijn de rechtspositie van bestuurders, tegenstrijdig belang en de vele aspecten verbonden met 'Corporate Governance'. In dit verband worden ook de fiscale aspecten van overdracht van ondernemingen beschouwd.

De bijdragen zijn van: H.-J. de Kluiver, M. Koelemeijer, H. Laga, M. Denef, J. Hamers, M. van Beek, R. Tas, D. Van Gerven, H. Vletter-van Dort, F. Hellemans, M. Kroeze, J. Vananroye, B. Tilleman, J.B. Wezeman, K. Geens, C. Schwarz, A. Dorresteyn, J. Wouters, H. Arts

Uit de inhoud:

- De betekenis van vermogensrechtelijke beginselen voor het vennootschaps- en rechtspersonenrecht
- Vennootschaps- en verbintenissenrecht, één recht?
- Afbakening tussen vennootschap, vereniging en stichting
- Het identiteitsvereiste bij handelen namens een vennootschap in oprichting
- Gelijkheid en gelijke behandeling van vennoten onder Belgisch en Nederlands recht
- Aandeelhouders en stemovereenkomsten naar Belgisch en Nederlands recht
- Zelfstandige vorderingsrechten van de aandeelhouder voor schade aan het vennootschapsvermogen
- De bestuurdersovereenkomst naar Belgisch recht
- Het statuut van bestuurder naar Nederlands recht
- Het leerstuk van het tegenstrijdig belang en zijn consequenties in Nederland en België
- Corporate governance en medezeggenschap
- Corporate governance, referentieaandeelhouders en autonome NV's
- De verliesverrekening voor de vennootschapsbelasting bij de overdracht en overgang van een onderneming in Nederland en België.

Juridisch Adviseur

Onze onderneming die zich situeert onder de belangrijkste van de bouwsector, zoekt een (m/v)

Juridisch Adviseur

Als naaste medewerker van de Algemene Directie en de Werfdirectie zorgt u voor de juridische zekerheid van de contracten en hun gevolgen. U werkt voor de voorkoming van geschillen en beheert ze.

Wij willen deze opdracht toevertrouwen aan een tweetalige (Nl/Fr) Licentiaat in de Rechten die

- zin heeft voor verantwoordelijkheden en contacten;
- autonoom kan werken;
- beschikt over een ervaring van 5 jaar aan de balie of in een onderneming in het domein van de bouwsector.

Gelieve uw handgeschreven kandidatuur met gedetailleerd c.v. te sturen naar de Ondernemingen Maurice Delens N.V., t.a.v. Dhr. Jacques Marion, Brugmannlaan 27, 1060 Brussel. Tel. : (02)538 29 70.



ONDERNEMINGEN
Maurice Delens n.v.

I·F·P

STUDIENAMIDDAG, 24 MAART 1999, ELEWIJTCENTER

OVERZICHT NIEUWE WETGEVING INZAKE BURGERLIJK RECHT & HANDELSRECHT

Hypothecair Krediet, Dhr. Dirk Meulemans, Docent Beurs- en Effectenrecht.

K.U.B. Wetenschappelijk coördinator opleiding en studiecentrum Vastgoedrecht KULAK.

Verjaringstermijnen, Dhr Dirk Meulemans

Collectieve schuldenregeling, Mr. André Michielsens, Docent V.U.Brussel, Notaris te Wijnegem

Arbitrage, Mr. Herman Verbist, Gastprofessor Arbitrage U. Gent, Advocaat te Brussel, Kantoor Bogaert & Vandemeulebroeke

Wijziging huwelijksvermogenstelsel, Prof. Johan Gerlo, Gewoon Hoogleraar U. Gent

Wijzigingen aan het Vennootschapsrecht, Mr Marieke Wyckaert, Docent Vennootschapsrecht K.U.Brussel, Advocaat te Brussel, Kantoor De Bandt, Van Hecke & Lagae

Datum: Woensdag 24 maart 1999, van 13u15 tot 17u30
Deelnameprijs: 5.500,- BEF, 136,34 EURO (incl BTW) documentatie incl.
Info & inschrijving: I.F.P. , tel. 03/216 01 20