

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

V. VAN DEN EECKHOUT, De wisselwerking tussen materieel recht en internationaal privaatrecht: eenrichtings- of tweerichtingsverkeer? 1249

Rechtspraak

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – **Belastingen** – Registratierechten – Controleschatting – Jurisdictionele waarborgen

Arbitragehof 7 december 1999 1265

Arbeidsongeval – Weg van of naar het werk – Normaal traject – Omweg – Belangrijkheid – Gelijkgesteld traject – Kind ophalen van kinderopvangplaats

Cass. 31 mei 1999 1267

Straf – Ontzetting – Beroepsverbod – K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934, als gewijzigd door de wet van 2 juni 1998 – Rechtskarakter – Bijkomende straf – Werking in de tijd

Cass. 2 juni 1999 (*met noot van G. Schoorens en B. Windey*, «Het rechtskarakter van het beroepsverbod opgelegd krachtens het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934, als gewijzigd door de wet van 2 juni 1998») 1267

Mededingingsrecht – Toegelaten mededingingsbeperkende gedragingen – Toetsing aan de eerlijke gebruiken in handelszaken – Voorwaarde

Cass. 7 januari 2000 (*met conclusie van advocaat-generaal X. De Riemaecker*) 1269

Overeenkomst – Contractuele aansprakelijkheid – Optreden van raadsman van verzekeringsnemer met instemming van raadsman van verzekeraar – Stilzwijgende goedkeuring van verzekeraar – Toerekening – Vertrouwensleer

Hof Antwerpen 17 februari 1997 1273

Huiszoeking – Aanhorigheden – Garage

Hof Brussel 25 mei 1999 (*met noot van A. Vandeplas*, «Over de aanhorigheden van een woning») 1274

Verzekering – Alle risico's – Exceptie van verval van dekking – Oorzakelijk verband

Pol. Gent 24 maart 1997 (*met noot*) 1275

Kanttekening

L. Theunissen, Het gerechtelijk akkoord, een slag in het water? 1276

Aangekondigd

1280

Mededelingen

Voordrachtlunch: De bescherming van databanken 1280

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
H. Vanhees
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..

Gebrevetteerd Hofleverancier van België



Kledingfabrikanten en specialisten in toga's

DIRK NEVENS

Nieuwe steenweg 8 - 1731 Zellik ☎ (02) 466 09 05

Fax (02) 466 63 24

Molenstraat 23 - 9300 Aalst ☎ (053) 21 47 77

rue du Midi 175 - 1000 Bruxelles ☎ (02) 511 88 06

DE WISSELWERKING TUSSEN MATERIEEL RECHT EN INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT: EENRICHTINGS- OF TWEERICHTINGSVERKEER?

I. DE VERBINDING TUSSEN MATERIEEL RECHT EN INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT: KANAAL OF CIRCUIT?

Onder de titel «De wisselwerking tussen materieel recht en conflictenrecht» schreef De Boer ¹ reeds in 1993 een preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking. In dit preadvies bracht De Boer verslag uit van een door hem verricht rechtsvergelijkend onderzoek naar materieelrechtelijke tendensen in het conflictenrecht. De Boer toonde daarbij aan dat hetgeen hijzelf reeds jaren tevoren voor Nederland had vastgesteld en toen had benoemd als het fenomeen van «de vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht», ² een fenomeen was dat zich niet alleen in Nederland, maar ook in andere landen voordeed: in mindere of meerdere mate en op diverse manieren bleken ook in het Belgische, Zwitserse en Duitse internationaal privaatrecht (hierna «*ipr*») materieelrechtelijke waarden en belangen als «gelijkheid van de seksen», «belangen van het kind», «partijautonomie» en «*favor matrimonii*» verdisconteerd te worden.

Voor wat de Duitse situatie betreft had Siehr ³ al eerder een bijdrage over dit thema gepubliceerd. Evenals De Boer had ook Siehr zijn bijdrage de titel «Wechselwirkungen zwischen Kollisionsrecht und Sachrecht» meegegeven. Kortom, de hoofdtitel van mijn bijdrage, «De wisselwerking tussen materieel recht en internationaal privaatrecht» is niet bijster origineel. Ik schrijf deze bijdrage evenwel vanuit de verwondering dat zowel De Boer als Siehr ervoor kozen de term «wisselwerking» in de titel van hun publicatie op te nemen, terwijl zij toch geen analyse maakten van de *wederzijdse* inwerking tussen de twee vakgebieden. Beide schrijvers behandelen immers uitsluitend de inwerking van het materieel recht op het conflictenrecht en gaan niet in op de inwerking van het conflictenrecht op het materieel recht.

Mag uit het voorgaande worden besloten dat er, op het ogenblik dat beide auteurs hun bijdrage schreven, gewoonweg niets te melden viel over de tweede vorm van interactie, d.w.z. de impulsen vanuit het conflictenrecht op het materiële recht? Zo ja, is dit anno 2000 nog steeds het geval, is dit dan wel een logische gang van zaken en mag redelijkerwijze worden verondersteld dat ook naar de toekomst toe de interactie tussen materieel recht en conflictenrecht in een enkele richting zal plaatsvinden? Met andere woorden, is de verhouding tussen materieel recht en *ipr* er een van eenrich-

tings- of tweerichtingsverkeer? Dit is de vraagstelling die centraal staat in mijn bijdrage. Ik zal hierna betogen dat het kunstmatig is de relatie materieel recht - *ipr* ⁴ als een eenzijdig interactieproces te beschouwen. Het is een natuurlijk gang van zaken als een soort kruisbestuivingsproces van inwerking in beide richtingen plaatsvindt. Meer nog, ik zal het zelfs hebben over mogelijke «boemerangeffecten» tussen het vakgebied van het *ipr* en het overeenkomstige deelgebied van het materiële recht. In mijn zienswijze kunnen beide vakgebieden deel uitmaken van een dynamisch «circuit». ⁵

In wat volgt ga ik nader in op deze problematiek. De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Eerst zal ik kort de eerste vorm van de interactie - de impulsen van het materiële recht op het *ipr* - in herinnering brengen. Daarna ga ik in op de tweede vorm van interactie. Hierbij zal ik de problematiek achtereenvolgens vanuit drie uiteenlopende invalshoeken belichten.

Allereerst rijst de vraag naar de impulsen die het materiële recht vanuit het *ipr* kan ondervinden, indien wordt geredeneerd vanuit het principe van verbod van discriminatie.

Vervolgens werp ik de vraag op naar de mogelijke functie van het *ipr* als signaalfunctie voor probleemgebieden in het materiële recht: in hoeverre legt toepassing van *ipr*-regels niet alleen pijnpunten bloot op *ipr*-niveau, maar ook in het materiële recht, en moeten de in het *ipr* gehanteerde oplossingsmechanismen ook worden gehanteerd in het materiële recht?

Ten slotte ga ik in op het mogelijk afremmend effect van het *ipr* voor de ontwikkeling van het materiële recht.

De in dit artikel aangebrachte vraagstellingen kwamen tot nog toe in de rechtspraak en de rechtsleer slechts zeer casuïstisch aan bod. Ik beroep me evenwel tevens op buitenlandse - veelal Nederlandse - rechtspraak en rechtsleer, omdat de verhouding *ipr*-materieel recht wellicht verscheidene rechtsordes aanbelangt.

Daar ik, ondanks een beroep op buitenlandse rechtspraak en rechtsleer, er niet in zal slagen telkenmale concrete voorbeelden aan te geven van de mogelijke beïnvloedingsprocessen van het *ipr* op het materiële recht die ik ontwaar, kan mijn bijdrage helaas niet bogen op een grootschalige jurisprudentie- dan wel rechtsleeranalyse. Mijn analyse is eerder prospectief van aard. Mede daardoor vertoont deze bij-

¹ Th. M. DE BOER, «De wisselwerking tussen materieel recht en conflictenrecht», Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking, Deventer, Kluwer, 1993, 91 p.

² Th. M. DE BOER, «De vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht. Ontwikkelingen in de jaren zeventig», *N.J.B.* 1980, 785-796.

³ K. SIEHR, «Wechselwirkungen zwischen Kollisionsrecht und Sachrecht», *Rabelsz.*, 1973, 466-484.

⁴ Ikzelf spreek hierna over *ipr* en niet over conflictenrecht, daar ik het verder niet alleen zal hebben over regelen van conflictenrecht, maar tevens over regelen van erkenningsrecht.

⁵ Dit om aan te sluiten bij de mooie beeldspraak van VONKEN (A. VONKEN, «Rechtsvinding in het hedendaagse internationale familierecht» *F.J.R.* 1991, (51), 52) waar hij het erover heeft dat «(...) kan worden geconstateerd, dat het materiële recht en het IPR niet door «waterdichte schotten» van elkaar zijn gescheiden, maar dat er verschillende kanalen zijn waarlangs de instroming van aan het materiële recht ontleende waarden en normen in het IPR plaatsvindt.»

drage een eerder abstract-theoretisch karakter. Maar het komt mij voor dat de hier ter discussie staande kwesties op langere termijn wel degelijk belang vertonen voor de Belgische rechtspraktijk.

II. IMPULSEN VANUIT HET MATERIËLE RECHT OP HET IPR: TOEPASSELIJKEHEID EN TOEPASSING VAN INTERNE MATERIËELRECHTELIJKE NORMEN IN IPR-CONTEXT

Vooraleer in te gaan op de inwerking van het *ipr* op het materiële recht, breng ik even het eerste, «klassieke» deel van de interactie in herinnering en situeer ik kort deze eerste vorm van inwerking. Als men het in de literatuur heeft over de impulsen van het materiële recht op het conflictenrecht, dan duidt men dit proces gewoonlijk aan met termen als «uitstraling» van het materieel familierecht op *ipr*-niveau, «extrapolatie», «reflexwerking», «projectie» en «doorwerking» van (beginselen van) materieel recht in *ipr*-context.

Veelal is men het er daarbij wel over eens dat het *principe* dat bepaalde in het materiële recht geldende beginselen - als daar zijn: gelijkheid van de seksen, belang van het kind, dispositievrijheid, billijkheid en redelijkheid, bescherming van de zwakke partij, dwaling als vernietigingsgrond⁶ - ook in *ipr*-context navolging verdienen. Maar dan nog blijkt controverser te kunnen bestaan over de *manier waarop* dit dient te gebeuren.

Volstaat het bijvoorbeeld een beginsel als het belang van het kind als richtsnoer te nemen ter opstelling van verwijzingsregels, met andere woorden als «onderliggend» aan de verwijzingsregel te laten fungeren, of moet dit beginsel (ook) als controlemechanisme op (het resultaat van) de verwijzingsregel worden ingeschakeld? In de Belgische rechtspraak en rechtsleer zijn momenteel deze beide benaderingen van

het belang van het kind - als concreet controlemechanisme dan wel als een aan de regeling onderliggend beginsel - zowel op intern vlak⁷ als op *ipr*-vlak⁸ waar te nemen.

Ook bestaat vooralsnog enige onduidelijkheid over de mate waarin materieelrechtelijke concepten, correctiemechanismen en rechtsfiguren kunnen «omhoogstoten»⁹ naar het *ipr*, mogelijk zelfs als «*ipr*-overstijgende» normen kunnen functioneren - dit voornamelijk als het de hantering van «blanco-termen»,¹⁰ betreft.

In deze bijdrage ga ik op deze eerste vorm van interactie niet verder in. Mijn aandacht gaat immers uit naar de tweede vorm van interactie.

⁷ Cfr. P. SENAËVE, «Het belang van het kind in het Belgische familierecht» in *Met het oog op het belang van het kind*, M. ROOD-DE BOER (red.), Deventer, Kluwer, 1988, (119), 122 e.v. SENAËVE ziet in het «belang van het kind» geen richtlijn die de rechter zou moeten naleven bij elke materie waarbij een beslissing omtrent het lot van een minderjarige moet worden genomen. Anderen daarentegen onderkennen in het begrip «belang van het kind» een algemeen rechtsbeginsel. In die zin: A. VAN GYSEL, «L'intérêt de l'enfant, principe général de droit», *T.B.B.R.* 1988, 186-205. Zie hieromtrent ook recent E. DE KEZEL, «Het begrip «Het belang van het kind» », *R.W.*, 1998-99, 1163-1167. Volgens DE KEZEL is het beginsel van het belang van het kind in het Belgische recht geen algemeen rechtsbeginsel, maar kan het wel worden gehanteerd als een normatief beginsel.

⁸ Zie Cass., 24 maart 1960, *R.W.* 1961-62, 419, waarin het Hof oordeelde dat het belang van het kind bepaalt welk recht de kwestie van het onderhoudsgeld vermag te regelen, maar hieruit enkel volgt dat het recht van het land, waarvan het kind onderdaan is, wordt toegepast; m.a.w. het belang van het kind kan er volgens het Hof niet toe leiden dat het materieel recht dat in casu vanuit materieelrechtelijk oogpunt het gunstigste is voor het kind, wordt toegepast. Daartegenover staan de actuele tendensen tot alternatieve aanknopingspunt in de materie van de buitenhuwelijkse afstamming, beargumenteerd vanuit het belang van het kind. Men leze in deze context ook de bij BUCHER (A. BUCHER, «Sur les règles de rattachement à caractère substantiel» in *Liber amicorum F. Schnitzer*, A. SCHNITZER e.a. (red.), Genève, Georg, 1979, (37), 46-47) weergegeven kritiek op het systeem van alternatieve aanknopingspunten indien dit systeem wordt gerechtvaardigd met het argument dat men zodoende de zwakke partij in het geding beschermt. M.b.t. het gevaar van het uitvergroten, in het *ipr*, van het belang van een partij, zie ook H. BOONK, «De Hanjin Oakland: De verhouding tussen intern recht en IPR», *N.J.B.* 1999, (1035), 1039.

⁹ Dit in de terminologie van D. BEUKENHORST, «Een ideaal domiciliëbegrip», *W.P.N.R.* 1977, (113), 120.

¹⁰ Zoals de in het Nederlandse materiële recht gehanteerde begrippen «billijkheid en redelijkheid» en «goede trouw». Zie hierover verder meer. Cfr. de tendens in de Belgische rechtspraak om buiten elke verwijzingsregel om een oplossing te zoeken uitgaande van het criterium van «het belang van het kind», dit voornamelijk in geschillen inzake ouderlijk gezag. Hierbij past weliswaar de opmerking dat uit de rechterlijke beslissingen niet altijd even duidelijk kan worden opgemaakt of het een bewust hanteren van een *ipr*-overstijgend criterium betreft dan wel een (bewust of onbewust) verwaarlozen van het internationale karakter van de casus. Cfr. de tendens in Belgische rechtspraak om de putativiteit van een huwelijk mogelijk te maken, ook in de gevallen waarin een vreemde wet van toepassing is op de nietigverklaring van het huwelijk en die vreemde wet de rechtsfiguur van het putatief huwelijk niet kent. Zie hierover o.a. J. ROODHOOF, «Schijnhuwelijken: het huwelijksinstituut misbruikt», *R.W.*, 1991-92, 209-222.

⁶ Over de uitstraling van «redelijkheid en billijkheid» alsmede «dwaling» in het Nederlandse recht, zie ook verder. Over rechtswa- ling in het Belgische materiële recht en de daarbij in de rechtspraak gangbare criteria en factoren bij beoordeling ervan, zie o.a. B. BOUCKAERT, «Verdwaald in de jungle van de wet. Biedt rechtswa- ling een uitkomst?», *T.P.R.* 1993, 1349-1401; T. HENS, «Over het adagium «Nemo censetur ignorare legem» en de zorgvuldigheidsnorm», *R.W.*, 1994-95, 1062-1063 en P. POPELIER, *Rechtszekerheid als begin- sel van behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997. HENS beveelt in interne context een interpretatie aan van het «nemo au- ditor» - principe die in grote mate gelijkloopt met de bemerkingen van STILLE (A. STILLE, «Enkele opmerkingen over de werking van mensenrechten en van de openbare orde in verband met het erf- rechtverdrag», in *Het NIPR geannoteerd. Annotaties opgedragen aan Dr. Mathilde Sumampouw*, M. SUMAMPOUW e.a. (red.), 's Gravenha- ge, TMC Asser Instituut, 1996, 57-64) over dwaling in Nederlandse *ipr*-context. Opmerkelijk is nog dat in het Belgische *ipr* «onwetend- heid» soms «beloond» blijkt te worden (zie Cass., 8 maart 1963, *Pas.* 1963, I, 754; in casu waren twee Belgische minderjarigen naar Schotland getrokken om er te huwen. Het huwelijk werd aldaar ge- sloten, hoewel de minderjarige jongen geen toestemming had van zijn moeder-weduwe, als vereist door (het vroegere) art. 148 B.W. Naar Schots recht was de nationale wet terzake immers irrelevant. De moeder vorderde achteraf voor de Belgische rechter de nietig- heid van het huwelijk; zij verkreeg dit, maar aan de minderjarigen werd wel het voordeel van het putatieve huwelijk toegekend, om- dat werd aangenomen dat zij «te goeder trouw» het huwelijk had- den gesloten).

III. IMPULSEN VANUIT HET IPR OP HET MATERIEËLE RECHT

A. Vanuit de invalshoek van het gelijkheidsbeginsel

Een eerste invalshoek van waaruit de inwerking van het ipr op het materiële recht kan worden benaderd, ligt besloten in de volgende vraagstelling: welke zijn de repercussies van respect voor het gelijkheidsbeginsel *in zijn toepassing op de verhouding internationale - nationale rechtsverhoudingen*?

Internationale rechtsverhoudingen worden daarbij begrepen als rechtsverhoudingen met een of meer extraneïteits-elementen - bijvoorbeeld de vreemde nationaliteit van (een van de) betrokkenen. Interne rechtsverhoudingen zijn die rechtsverhoudingen die zich in een louter interne context afspelen.

1° *Uitgangspunt: verschil in behandeling internationale - interne verhoudingen*

Vertrekpunt hierbij vormt de vaststelling dat internationale rechtsverhoudingen veelal aan andere rechtsregels worden onderworpen dan interne rechtsverhoudingen. Terwijl het laatste type rechtsverhoudingen onverrichterzake wordt onderworpen aan de regelen van het forum, zal het eerste type rechtsverhoudingen via de werking van *ipr*-regels onder omstandigheden worden onderworpen aan andere regelen dan die welke gelden voor interne rechtsverhoudingen.

2. *Differentiatie of discriminatie? Gelijkheid en vergelijkbaarheid*

Een volgende stap bestaat erin na te gaan *waarom* personen wier rechtsverhouding zich in een internationale context afspeelt, überhaupt anders worden behandeld dan personen wier rechtsverhouding zich in een louter interne context aandient. Hier rijst de vraag in hoeverre de aanwezigheid van of meer extraneïteits-elementen kan *verantwoorden* dat voornoemd verschil in behandeling bestaat. Wie deze vraag opwerpt, vraagt naar de ultieme legitimatie van het *ipr*.

3° *Ultieme legitimatie van het ipr: twee zienswijzen*

a) Opzet

De vraag naar de ultieme legitimatie van het *ipr* kan op twee manieren worden beantwoord. Ik zal hierna kort elk van beide zienswijzen schetsen. Daarbij zal blijken dat de eerste zienswijze «culturalistisch» van aard is, de tweede eerder juridisch-technisch: de ene kan worden benoemd als zijnde de «culturalistische» opvatting, waarbij respect voor cultuur centraal staat, de tweede als zijnde de opvatting die reneert vanuit het belang van de internationale beslissings-harmonie.

Ik poog daarna aan te tonen dat het verschil tussen beide zienswijzen niet louter academisch van belang is. De hierna behandelde kwesties vertonen geen *onmiddellijk* belang voor de rechtspraktijk, maar een uitklaring ervan kan op langere termijn wel degelijk juridische consequenties laten voelen. Voor elk van beide zienswijzen rijst met name de vraag in hoeverre zij voldoende verantwoording kunnen bieden voor de handelwijze die erin bestaat internationale en interne

rechtsverhoudingen verschillend te behandelen. Ik zal hierbij aantonen tot welke uiteenlopende conclusies de beide zienswijzen leiden als men *ipr*-regels toetst aan het non-discriminatiebeginsel: naargelang het denkspoor dat wordt gevolgd, zullen in het *ipr* gemaakte onderscheiden als discriminatoir, dan wel als geoorloofd worden aangevoeld. Daarbij zal blijken dat bij navolging van elk van beide zienswijzen nog steeds aantijgingen van discriminatie tussen internationale en interne rechtsverhoudingen (kunnen) worden geformuleerd.

Ten aanzien van de vraag welk recht moet worden toegepast op multipatriden, personen van vreemde herkomst die niet (meer) een vreemde nationaliteit bezitten, personen die deel uitmaken van een specifieke subcultuur in de samenleving,... zal naargelang de zienswijze over de taak van het *ipr* - als behoeder van de cultuureigenheid dan wel als instrument van internationale harmonie - allicht verschillend worden geoordeeld.

Bij navolging van elk van beide zienswijzen zijn argumenten aan te dragen voor de stelling dat bij een poging tot neutralisatie van vastgestelde discriminaties uit de omgang met internationale rechtsverhoudingen consequenties moeten worden getrokken voor de omgang met interne rechtsverhoudingen. Telkens zouden dus vanuit het *ipr* op het materiële recht impulsen kunnen worden uitgeoefend. De consequenties zijn echter verschillend naar gelang de gevolgde zienswijze: terwijl de eerste zienswijze logischerwijze dient te leiden tot invoering van een vorm van intern rechtspluralisme, stuwt de tweede zienswijze in bepaalde materies - met name die materies waarin een «*favor*» beweging te onderkennen is - tot liberalisering van het interne recht.

Ik poog hierna de logischerwijze te maken gevolgtrekkingen van beide denksporen voor het materiële recht bloot te leggen.

Vooraf past nog een opmerking: daar ik hierna uitsluitend inga op de *beoordeling* van personen wier rechtsverhouding zich in een internationale context afspeelt ten aanzien van personen wier rechtsverhouding zich in een louter interne context afspeelt, dreigt de hiernavolgende analyse een enigszins vertekend beeld te geven van de rechtspositie van personen wier rechtsverhouding zich in een internationale context afspeelt. Vaak komt het er immers ook op neer dat personen wier rechtsverhouding zich in een internationale context afspeelt, *benadeeld* worden. De reden hiervoor moet veelal worden gezocht in overwegingen inzake migratiepolitiek.¹¹ Ik beperk me in deze bijdrage evenwel tot de bespreking van enkele impulsen van het *ipr* op het materiële recht, dit als aanzet tot een veralgemeende analyse van deze thematiek, en ga daarbij dus noodzakelijkerwijze selectief te werk.

b) *Veronderstelling: aangedragen legitimatie stemt overeen met werkelijk aan de handelwijze ten grondslag liggend motief*

In wat volgt, ga ik steeds uit van de veronderstelling dat de naar voren geschoven argumentaties - hetzij die welke voortbouwend op de culturalistische zienswijze, hetzij die voortbouwend op de zienswijze waarbij de internationale beslissingsharmonie centraal staat - door de pleitbezorgers «te goeder trouw» worden aangedragen.

¹¹ Zie hierover ook verder, voetnoot 83

In werkelijkheid wordt deze veronderstelling niet altijd bewaarheid. Zo bijvoorbeeld blijkt een praktijk die volgens het officiële standpunt is geïnspireerd door respect voor cultuur, soms gedragen te zijn door een houding van afkeur in plaats van door respect. Ik herinner hier aan de analyse die Gouwgioksiong¹² maakte van de «Bepaling betreffende de Gemengde huwelijken» in de voormalige Nederlandse koloniale context. Ook moge hier worden gesignaleerd dat sommige Franse auteurs¹³ beweren dat de beste manier om polygamie te bestrijden erin bestaat aan degenen die polygamie bedrijven, alle lasten van dit instituut te doen dragen.

Ook in de tweede zienswijze past de opmerking dat achter het motto van het streefdoel van internationale harmonie soms andere belangen schuilgaan: ook als men het *i*pr legitimeert via het streefdoel van de internationale beslissingsharmonie, is het niet denkbeeldig dat achter het naar voren geschoven behartenswaardig motief om al dan niet rekening te houden met vreemd recht - in casu het streefdoel van internationale harmonie en vandaaruit de bekommernis mensen de nadelige gevolgen van hinkende rechtsverhoudingen te besparen - mogelijk andere, minder edelmoe-dige belangen schuilgaan. Zo zou «respect» voor vreemde regelen die een vreemdeling verbieden een huwelijk aan te gaan wel eens minder gebaseerd kunnen zijn op de bekommernis voor de nadelige gevolgen die de betrokkene in het land van herkomst kan ondervinden van een in weerwil van de in dat land geldende verbodsregels gesloten huwelijk, dan op de vrees voor de rechten op verblijfsrechtelijk vlak die de betrokkene op basis van dit huwelijk zal kunnen voorleggen.¹⁴

¹² D. GOUWGIOKSIONG, «The marriage laws of Indonesia with special reference to mixed marriages», *Rebelsz*. 1964, (711), 721. Het basisprincipe van deze bepaling bestond erin de vrouw, indien zij gemengd was gehuwd, te onderwerpen aan het recht van haar man. Hiermee werd afgestapt van de vroegere regeling waarbij elke persoon die een gemengd huwelijk met een Europeaan aanging, zichzelf moest onderwerpen aan het Europese privaatrecht vooraleer een dergelijk huwelijk kon worden voltrokken. De vroegere regeling leek zodoende de stelling in te houden dat Europees recht superieur was aan niet-Europees recht. Maar of bij de uitvaardiging van deze bepaling een oprechte bedoeling tot gelijke behandeling van bevolkingsgroepen tot uiting kwam, moet sterk worden betwijfeld. De regel was immers, aldus GOUWGIOKSIONG, veeleer bedoeld om Europese vrouwen ervan te weerhouden met een Indonesiër-Mohammedaan te trouwen. Want een dergelijk huwelijk zou haar, althans volgens Europese normen, zwaar nadeel kunnen toebrengen, omdat zij werd onderworpen aan het islamitische familierecht. Eerder lijkt hier sprake te zijn geweest van een «afschriktheorie», dienend tot ontmoediging van gemengde huwelijken. M.a.w., achter een bepaling die ogenschijnlijk als ambitie had de gelijkwaardigheid van het vreemde recht te verzekeren, ging een politiek schuil waarbij dit vreemde recht geenszins als gelijkwaardig werd beschouwd, wel integendeel. De vrouw werd mede langs juridische weg een gemengd huwelijk ontraden. Zij zou zichzelf in alle opzichten, ook juridisch, degraderen.

¹³ Zie o.a. DROZ, aangehaald door B. ANCEL en Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Parijs, Sirey, 1987, 259.

¹⁴ Cfr. de discussie in België m.b.t. de personen aan wie zou worden toestaan een geregistreerd partnerschap te sluiten. Zie hierover Wetsvoorstel betreffende het geregistreerd partnerschap, *Gedr. St.*, Kamer 1997-98, nr. 1417/1 en het amendement bij dit wetsvoorstel, *Gedr. St.*, Kamer, 1997-98, nr. 1417/2; E. COENE en P. SE-

In beide optieken zal het naar voren geschoven juridisch motief dus wel eens durven te verschillen van de achterliggende redenen die een rechtsorde ertoe brengt al dan niet rekening te houden met vreemd recht.

Historisch blijkt dat die achterliggende redenen veelal zijn geïnspireerd op het eigen belang: hetzij dat men hoopte dat, bij toepassing van recht van een vreemde rechtsorde, die vreemde rechtsorde tot eenzelfde respect van de eigen rechtsregels zou kunnen worden gebracht, met andere woorden de hoop op wederkerigheid,¹⁵ hetzij dat men de commerciële relaties vlot wilde laten verlopen.¹⁶

Thans gaat het soms zelfs zover dat wordt gesproken van een «koehandel» tussen *i*pr-afspraken en afspraken op andere domeinen.¹⁷

Kortom, er moet voor worden gewaakt al te vlug te besluiten dat het naar buitenuit aangebrachte motief daadwerkelijk ten grondslag ligt aan een bepaalde handelwijze.

4° Twee zienswijzen, aantijgingen van discriminatie en te nemen consequenties voor het materiële recht

Welke zienswijzen worden nu vanuit juridische hoek naar voren geschoven om te verantwoorden dat internationale rechtsverhoudingen überhaupt anders worden behandeld dan interne rechtsverhoudingen?

De eerste zienswijze geniet vandaag in verscheidene Europese landen steeds ruimere aanhang: in toenemende mate wordt het *i*pr beargumenteerd met argumentaties in de sfeer van het recht op culturele diversiteit. Vreemd recht komt dan voor toepassing in aanmerking *omdat* men respect wil betuigen voor de specifieke rechtscultuur van bepaalde rechtzoekenden. Daarbij houdt men gewoonlijk nog steeds vast aan de aloude Savigniaanse methode van de zoektocht naar het «meest betrokken recht», maar om dat meest betrokken recht te vinden, gaat men op zoek naar de «cultuur» van de in de rechtsverhouding betrokken partijen. Verder geef ik enkele voorbeelden aan van deze tendens.

Voorname zienswijze is evenwel niet de enig mogelijke. Een andere mogelijke zienswijze is de volgende: de redenen waarom een rechtsorde dient open te staan voor toepassing van vreemd recht ligt in het streefdoel van internationale beslissingsharmonie, met andere woorden het vermijden van de negatieve consequenties waartoe «hinkende» rechtsverhoudingen - waarbij bijvoorbeeld een paar in het ene land wel, maar in het andere land niet als gehuwd

NAEVE, *Geregistreerd partnerschap: pleidooi voor de institutionalisering van de homoseksuele tweerelatie*, Antwerpen, Maklu, 1998.

¹⁵ Zie o.a. Cass. Turijn 17 juni 1874, *JDI* 1875, 48 waarbij het Hof inzake erfrecht vreemd recht toepaste onder uitdrukkelijke verklaring dat dat gebeurde «in de hoop dat andere staten op hun beurt dezelfde regel van universeel internationaal publiekrecht zouden aanvaarden.» Cfr. F. LAURENT, *Droit civil international*, Brussel, Bruylant, 1880, I, 646 m.b.t. de Italiaanse Code.

¹⁶ Zie bv. A. JOBERT, *Les étrangers et la justice civile: analyse sociologique de la différenciation de pratiques judiciaires*, Parijs, La documentation française, 1976, 33 m.b.t. de situatie ten tijde van de statutenleer in de Noord-Italiaanse steden.

¹⁷ Zie bv. L. JORDENS-COTRAN, «De wenselijkheid van een bilateraal verdrag Marokko-Nederland. Verslag van een studiedag», *N.J.B.* 1992, 552-553.

wordt beschouwd - aanleiding geven.¹⁸ Uiteraard, om te bereiken dat in het ene land totstandgebrachte rechtsverhoudingen in het andere land worden erkend, is het dan wel nog steeds nodig een minimum aan respect voor vreemde rechtsregels aan de dag te leggen.¹⁹ Maar essentieel is dat respect voor cultuur dan slechts een *middel* is om het streefdoel te bereiken en geen streefdoel op zichzelf. Respect voor cultuur is dan slechts een *indirect effect*.²⁰

Sommige auteurs lijken beide voornoemde zienswijzen te combineren maar geven daarbij veelal toch een persoonlijke voorkeur te kennen. Zo heeft Vonken²¹ het over beide types legitimaties, maar komt de legitimatie van de internationale beslissingsharmonie toch vooral in de vorm van «voorts» - en «bovendien»- argumenten aan bod.

Ook in de visie van de wetgever hebben bij de totstandbrenging van regelgeving van sommige materies kennelijk beide zienswijzen gespeeld. Zo bijvoorbeeld ligt volgens de memorie van toelichting bij de Nederlandse Wet Conflictenrecht Echtscheiding («WCE») zowel de bekommernis ten grondslag door (de mogelijkheid van) toepassing van vreemd recht aan te sluiten bij de vreemde cultuur van de betrokkenen, als de bekommernis langs deze weg de internationale beslissingsharmonie te bevorderen: ingevolge art. 1, tweede lid, tweede volzin WCE mogen echtgenoten met een gemeenschappelijke buitenlandse nationaliteit voor het gemeenschappelijke, buitenlandse recht kiezen; irrelevant daarbij is of zij met hun nationaliteitsland nog een werkelijke maatschappelijke band bezitten, als bedoeld in de eerste volzin van het tweede lid. De bedoeling van deze rechtskeuze-regel is om aan echtgenoten met een gemeenschappelijke buitenlandse nationaliteit de mogelijkheid te bieden om toepassing van de realiteitstoets als bedoeld in de eerste volzin van het tweede lid te blokkeren. Voor echtgenoten, hoezeer ook in de Nederlandse samenleving geworteld, kan toepassing van hun nationale recht van belang zijn. De erkenbaarheid van de Nederlandse scheidingsuitspraak in hun nationaliteitsland is daarbij - in verband met een mogelijke te-

rugkeer naar dat land - een van de belangrijkste overwegingen.²²

Hier blijkt dat tussen beide voornoemde zienswijzen wel degelijk een tweespalt kan bestaan. Immers, ook al pretenderen *ipr*-regels in principe aan te sluiten bij het meest vertrouwde recht van partijen, toch bekommeren *ipr*-regels zich niet noodzakelijk om het culturele toebehoren in concreto van de betrokkenen. *Ipr*-regels kunnen zich beperken tot het nastreven van de continuïteit in de rechtsverhoudingen van de betrokkenen, zonder daarbij het rechtsbesef of de representaties in aanmerking te nemen van de personen voor wie de internationale erkenning van hun relaties daadwerkelijk belang vertoont. Onderzoek van personen op grond van twee criteria, namelijk enerzijds op grond van aansluiting van hun rechtsrepresentaties bij de dominante waarden van het land van herkomst,²³ anderzijds op grond van hun daadwerkelijk belang dat de relatie ook in het land van herkomst zal worden erkend, zou mijns inziens zeer wel tot het in aanmerking nemen, naargelang het criterium, van verschillende groepen kunnen leiden - een derde optie zou erin kunnen bestaan de doorsnede van beide groepen (personen met een van de in de ontvangstaar overheersende afwijkende rechtscultuur die belang stellen in de erkenning in het buitenland van hun rechtsverhouding) te bepalen en enkel voor deze doelgroep de mogelijkheid open te stellen tot toepassing van vreemd recht. Naar gelang de gevolgde zienswijze kunnen elementen als het regelmatig op vakantie gaan naar het land van herkomst verschillend worden gewogen in het beslissingsproces omtrent het toe te passen recht.²⁴

Ik ga hierna achtereenvolgens nader in op elk van voornoemde zienswijzen.

a) *Ipr*-argumentaties voortbouwend op respect voor cultuur

(i) *Aanduidingen van de «culturalistische» zienswijze in rechtspraak en rechtsleer*

In een arrest van 13 december 1996 gaf de Nederlandse Hoge Raad²⁵ uitwerking aan een op het Marokkaanse consulaat in Nederland voltrokken huwelijk tussen een bipatriede Marokkaans-Nederlandse vrouw en een Marokkaanse man. Daarbij werd mede aandacht gegeven aan de culturele identiteit van de betrokkenen. De Hoge Raad oordeelde immers dat het voor het beantwoorden van de vraag naar de geldigheid van het huwelijk er in het licht van art. 8 E.V.R.M. rekening mee moet worden gehouden dat er ook interna-

¹⁸ Cfr. De referenties bij J. MEEUSEN, *Nationalisme en internationalisme in het internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 123.

¹⁹ Cfr. ook A. VONKEN, «De reflexwerking van de mensenrechten op het *ipr*», in *Doorwerking van mensenrechten*, P.B. CLITEUR en A. VONKEN (red.), Wolters-Noordhoff, (153), 178.

²⁰ Cfr. S. RUTTEN, «Mensenrechten en het IPR scheiden of trouwen?» *NJCM-Bulletin*, 1998, (797), 800, waarin zij aangeeft hoe het recht van de nationaliteit in de visie van MANCINI het nauwst verbonden recht vertegenwoordigt, en wordt verondersteld dat hiermee indirect ook de cultuur van de betrokkene wordt gerespecteerd. Zie eveneens *ibid.* 800, noot 7 voor referenties naar kritieken op de vereenzelviging van nationaliteit en cultuur, enerzijds omdat een culturele verbondenheid veelal niet het argument is geweest voor de nationaliteit als aanknopingsfactor (zie hierover eveneens V. VAN DEN EECKHOUT, *De wet toepasselijk op het huwelijk en de huwelijksontbinding van nationaliteitsgemengde partnerverhoudingen*, Proefschrift KULeuven 1997), anderzijds omdat de nationaliteit niet zou kunnen worden gelijkgesteld aan de cultuur (cfr. Ook S. RUTTEN, *Erven naar Marokkaans recht*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 289 e.v.).

²¹ A. VONKEN, «De multiculturele samenleving en de bemiddelende rol van het internationaal privaatrecht en de mensenrechten», in *Sociale cohesie en recht*, P. CLITEUR e.a. (red.), Instituut Leiden 1998, 97-157.

²² Zie memorie van toelichting, II 1979-80, 16004, nrs. 3-4, p. 15, alsmede P. MOSTERMANS, *Echtscheiding*, Deventer, Kluwer, 1999, 27.

²³ DE GROOT (G.-R. DE GROOT, «Moslims en mensenrechten in West-Europa», *Recht van de islam* 15, 1998, (83), 85) lijkt deze visie aan te hangen, althans in het feit dat een persoon afkomstig uit een islamitisch land ook praktiserend de islam belijdt, een argument lijkt te vinden om islamitisch recht toe te passen. Het al dan niet onderhouden van bepaalde riten of tradities zou in die zin kunnen worden aangegrepen om betrokkenen aan de rechtsregels van deze dan wel gene rechtsorde te onderwerpen.

²⁴ Zie hieromtrent ook V. VAN DEN EECKHOUT, *Huwelijk en echtscheiding in het Belgische conflictenrecht* (ingekorte handelsversie van proefschrift), Antwerpen, Intersentia 1998, p. 314, noot 1342.

²⁵ *N.J.* 1997, 469. Zie evenwel verder i.v.m. de ingreep van de wetgever achteraf.

tionaal begrip is ontstaan voor het feit dat door immigranten in mediterrane landen de oorspronkelijke nationaliteit veelal wordt beleefd als een onderdeel van de culturele identiteit, waarvan het opgeven zo moeilijk is dat zij, ook als zij zich overigens voldoende met het land van vestiging verbonden voelen, niet ertoe overgaan zich in dit land te doen naturaliseren indien daartoe vereist is dat ze afstand doen van hun oorspronkelijke nationaliteit. Het behoud van de oorspronkelijke nationaliteit wordt door de Hoge Raad gezien als een uiting van de wens van de betrokkenen om hun culturele identiteit te behouden. Aan het feit dat voor de betrokkenen *in casu* geen mogelijkheid openstond afstand te doen van hun Marokkaanse nationaliteit, werd door de Raad geen aandacht gegeven. De keuze van de man en de vrouw voor een consulaire huwelijk vormde voor de Raad een voldoende aanwijzing voor het feit dat hun oorspronkelijke nationaliteit een uiting is van hun culturele identiteit.

In België werd in de rechtspraak reeds expliciet steun gevonden op het door de Belgische rechtsorde aan vreemdelingen verschuldigde respect voor de culturele diversiteit om een huwelijksontbinding door verstoting te erkennen.²⁶ Uit de doctrine kan voornamelijk het betoog van de Duitse vooraanstaande auteur Jayme²⁷ ter illustratie worden vermeld. Jayme pleit met name voor een *ipr* dat, in een postmodernistische tendens, meer respect opbrengt voor de culturele identiteit, meer nog, hij bepleit een *ipr* dat in zijn bestaan wordt *gerechtvaardigd* door dat te betonen respect.²⁸ Zo milderde het Duitse hof van beroep van Keulen in een uitspraak daterend van 10 mei 1993²⁹ de regel naar Duits recht dat alternatieve huwelijksluitingen op Duits territorium niet worden aanvaard indien een van de betrokkenen de Duitse nationaliteit heeft. Jayme onderschrijft deze uitspraak middels een beroep op «culturele» argumenten en bepleit van daaruit bovendien een nog verdergaande mildering van die zogenaamde «*locus*»-regel. Jayme onderbouwt zijn pleidooi voor aanvaarding van het facultatief karakter van de *locus*-regel met andere woorden met een beroep op het respect voor de culturele identiteit van de betrokkenen.

Ik verwijs tevens kort naar de annotatie van een Belgische auteur bij een vonnis van de burgerlijke rechtbank van Brussel.³⁰ In dit vonnis, waarbij de rechtbank een «*khul*»-verstoting van een Marokkaans-Belgische vrouw door haar Marokkaanse man erkende, maakte de rechter zelf geen gewag van enig respect voor de cultuur van de betrokkenen. Maar de annotatrice Foblets beoordeelde het vonnis mede vanuit

het door de rechter aldus betoonde respect voor de cultuur van bipatride personen. Zij valt het vonnis immers aan als discriminerend ten aanzien van personen die bij het verkrijgen van de Belgische nationaliteit de nationaliteit van oorsprong verliezen en voor wie bijgevolg niet langer de mogelijkheid openstaat in het buitenland met toepassing van vreemd recht uit de echt te scheiden, dit hoewel, aldus Foblets, «Cette perte n'efface pourtant pas nécessairement l'adhésion convaincue aux valeurs de la société d'origine»,

In het bovenstaande zie ik aanduidingen van een tendens tot het beargumenteren van *ipr*-praktijken aan de hand van het respect voor de specifieke rechtscultuur van de in de rechtsverhouding betrokken personen. Het gaat hierbij wel degelijk om *legitimatie* van het *ipr* en niet louter om het laten meespelen en het mede wegen van culturele elementen in het beslissingsproces. De factor «cultuur» speelt dan niet uitsluitend een rol in de meer algemene discussie of in het internationaal familierecht nationaliteits- dan wel domicilieaanknopning geboden is bij de beoordeling van de vraag welk recht in een concrete casus het nauwst verbonden recht is, of nog, bij de invulling van *ipr*-technieken als de «effectiviteitstoets» of de «realiteitstoets».³¹ Nee, de ratio zelf van toepassing van vreemd recht wordt gelegd in het te betuigen respect voor andere culturen.

In dergelijke argumentaties wordt veelal mede steun gezocht in internationale rechtsnormen. Hier rijst uiteraard de vraag in hoeverre de materie van het familierecht deel uitmaakt van de «cultuur» die die internationale normen pretenderen te beschermen.³² De bronnen hierover lijken me vooralsnog niet eenduidig.³³

³¹ Zie voor een bespreking van de vraag in hoeverre overwegingen i.v.m. «cultuur» in Nederland doorwegen in de beoordeling van de realiteitstoets bij echtscheiding en het aandragen van voorbeelden terzake Th. M. DE BOER, «Internationale echtscheiding: het kennelijk ontbreken van een maatschappelijke band», *A.A.* 1991, 252-260. Cfr. in de materie van het erfrecht, ter beoordeling van «uitzonderlijke omstandigheden» en «kennelijk nauwere banden» in de zin van art. 3, tweede lid, W.C.E., S. RUTTEN, *Erven naar Marokkaans recht: aspecten van Nederlands internationaal privaatrecht bij de toepasselijkheid van Marokkaans erfrecht*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 120-121.

³² Zie hierover M.-Cl. FOBLETS, «Mensenrechten voor of tegen moslims in West-Europa?», *Recht van de islam* 15, 1998, (87), 92; S. RUTTEN, «Mensenrechten en het IPR: scheiden of trouwen?», *l.c.*, 801; V. VAN DEN ECKHOUT, *Huwelijk en echtscheiding in het Belgische conflictenrecht*, (ingekorte handelsversie van proefschrift), Antwerpen, Intersentia, voetnoot 1222; A. VONKEN, «De multiculturele samenleving en de bemiddelende rol van het internationaal privaatrecht en de mensenrechten», *l.c.* Voor een beroep op art. 27 I.V.B.P.R. in de Nederlandse rechtsorde, zie ook H.R., 1 juli 1982, *N.J.* 1983, nr. 201, met noot E. ALKEMA. Omtrent art. 27 I.V.B.P.R. in deze thematiek, zie ook M. BOVENS, «Babel binnen het recht», in *Recht en rechtspluralisme in een multiculturele samenleving*, N. HULS en H. STOUT (red.), Zwolle, Tjeenk Willink, 1993, (159), 169; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Krypto-ipr*, Den Haag, Kluwer, 1985; A. PETERS, «Conflicterende rechtsnormen en het tolerantiebeginsel», in *Congres recht en raciale verhoudingen*, AUSEMS-HABES (red.), Arnhem, Gouda Quint, 1983, 154-157 en F. STRIJOSCH, «Over Molukse verwantschapsregels en hun toepasselijkheid in Nederland», *F.J.R.*, 1994, (2), 6 e.v.

³³ Zie o.a. E.H.R.M., F. t/ Zwitserland, 18 december 1987, § 33; de bij ADAMS (M. ADAMS, «Enkele aspecten van het recht op beleving van een eigen minderheidscultuur. Artikel 27 van het IVBPR

²⁶ Zie Rb. Nijvel, 12 mei 1992, *R.T.D.F.* 1994, 533; Rb. Namen, 17 mei 1990, *R.D.E.* 1991, 360 en Vred. Gent, zevende kanton, 30 april 1990, *T.G.R.* 1990, 94.

²⁷ E. JAYME, «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne», *Académie de la Haye. Recueil des cours*, 1995, 9-268. Voor een korte kritiek op deze «postmodernistische» tendens die ook op andere domeinen - waaronder het domein van de rechtsvergelijking - lijkt door te dringen, zie W. PINTENS, «Accentverschuivingen in de rechtsvergelijking», in *Liber amicorum Blanpain*, Brugge, Die Keure, 1998, 796-799.

²⁸ Vanuit deze optiek rechtvaardigt JAYME recent gewezen rechterlijke beslissingen. Zo bv. OLG Keulen, 10 mei 1993, *Iprax* 1994, 371 m.b.t. de vorm van huwelijksluitingen (E. JAYME, *l.c.*, 156).

²⁹ OLG Keulen 10 mei 1993, *Iprax* 1994, 371.

³⁰ Rb. Brussel (12e Kamer), 9 april 1997, *R.D.E.* 1997, 254, met noot M.-Cl. FOBLETS.

(ii) *Uit te klaren kwestie: respect voor cultuurgemeenschappen/cultuur van een welbepaald individu?*

Wat in dergelijke «culturalistische» pleidooien dikwijls onvoldoende aan bod komt, is de beantwoording van de vraag in hoeverre men middels «respect voor cultuur» de cultuur van een *cultuurgemeenschap* wil respecteren, dan wel respect wil betuigen aan de cultuur van een bepaald *individu*. Bij respect voor een cultuurgemeenschap zou men bijkomend kunnen onderscheiden naargelang men respect betoont ten aanzien van vreemd statelijk recht dan wel de cultuur van een geïmmigreerde gemeenschap zoals deze zich in migratiecontext ontwikkelt.³⁴ Bij respect voor de cultuur van een bepaald individu kan men logischerwijze meer openstaan voor de *persoonlijke* leef- en denkwereld van de betrokkene en zal tevens meer bereidheid bestaan de betrokkene een «exit-optie» te verlenen uit de cultuurgemeenschap waartoe hij verondersteld werd te behoren. Mijn inschatting is immers dat men bij beklemtoning van respect voor de *groep* waarvan een individu deel uitmaakt allicht gemakkelijker dan in het tweede spoor geneigd zal zijn *verbodsregelen* afkomstig uit vreemde rechtsordes en gemeenschappen toe te passen op een bepaald rechtssubject, precies uit respect voor de vreemde wetgever, terwijl bij beklemtoning van respect voor het individu, de visie van de betrokkene zelf meer kan doorwegen en verbodsregelen gemakkelijker opzij zullen worden gezet als de betrokkene zelf het niet eens is met de regelen. In die zin is het wel degelijk van belang de hier vermelde kwestie uit te klaren, en aan te geven op wel-

en de CVSE» in *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, UFSIA, Antwerpen, Maklu, 1993, 147-168) en MULDER (L. MULDER, «Lang leve de culturele verscheidenheid», *N.J.C.M.*, 1994, 894-905) gemaakte referenties; M. GALENKAMP, «Speciale rechten voor minderheden? Een commentaar op Kymlicka's Multicultural Citizenship», *Recht en kritiek* 1996, (202), 218 en H.U. JESURUN D'OLIVEIRA, *Krypto-ijpr*, Den Haag, Kluwer, 28 p.

³⁴ Zie hierover o.a. L. BUSKENS, *Islamitisch recht en familiebetrekkingen in Marokko*, Amsterdam, Bulaag, 1999, 551 (BUSKENS geeft aan hoe vorming van «Nederlands islamitisch recht» inhoudt dat het hebben van - bv. - de Marokkaanse nationaliteit in Nederland niet langer betekent dat de Marokkaanse interpretatie van de sharia voor de betreffende partijen geldend recht is); het voorstel van RIAD (A. RIAD, «Pour un code européen de droit musulman», in *Le statut personnel des musulmans: droit comparé et droit international privé*, J.-Y. CARLIER e.a. (red.), Brussel, Bruylant, 1992, 379-382) tot invoering van een Europese Code voor moslimmannen in Europa; B. DE HART, «Islam en mensenrechten. Boekbespreking», *Rechtshulp* 1999, (37), 39 alsook V. VAN DEN ECKHOUT, «Thuisbrengen van een op drift geraakte rechtsverhouding», in *Migranten kleuren het recht in. Over de bijdrage van nieuwe minderheden tot het recht*, S. PARMENTIER e.a. (red.), Leuven, Acco, 1997, 185 e.v.. Deze thematiek appelleert ook de vakgebieden van de sociologie en de antropologie. Zie bv. R. JANSSENS, «Evolutie van waardepatronen i.v.m. genderrelaties bij Turkse en Marokkaanse vrouwen in België», in *Diversiteit en culturele verandering. Turkse en Marokkaanse vrouwen in België*, R. LESTLAEGHE (red.), Brussel, VUBPress 1997, 285), waarin deze auteur stelt dat er vanuit een wetenschappelijk oogpunt geen enkele reden zou zijn om de richtlijnen van bv. de koran - althans zoals deze in het westen wordt begrepen - als algemeen geldende normen binnen een «islamitische» gemeenschap te hanteren (net zo min als de gelijkheid tussen man en vrouw in het westen absoluut en door iedereen aanvaard zou zijn).

ke juridische grondslag men zich baseert om het respect te betonen, te meer daar rechtsgronden kunnen verschillen in de mate waarin zij navolging vereisen.³⁵

De verdere evolutie van het *ijpr* wordt door het antwoord op deze kwesties beïnvloed. Hierna ga ik echter na hoe de culturalistische argumentatie logischerwijze de evolutie van het interne, *materiële* recht van een rechtsorde kan beïnvloeden.

(iii) *Consequenties voor het materiële recht: ijpr als gangmaker van rechtspluralisme in het materiële recht?*

Opmerkelijk is de commentaar van De Boer³⁶ bij het reeds hierboven vermelde arrest van de Nederlandse Hoge Raad van 13 december 1996. De Boer, redenerend vanuit het argument van de culturele identiteit, legt de grens voor aanvaarding van consulaire huwelijken bij monopatride Nederlanders - zelfs die met een allochtone achtergrond - voor wie, aldus De Boer, «het argument van culturele identiteit met de zendstaat van de consul niet (langer) opgaat». Kennelijk veronderstelt De Boer dat bij «autochtone» Nederlanders of bij degene die de Nederlandse nationaliteit bezit en de oorspronkelijke nationaliteit heeft verloren, niet langer sprake kan zijn van enig voor het *ijpr* relevant verschil in cultuur.³⁷ Voor bipatriden zou dit argument wel nog opgaan. «Een Marokkaan die door naturalisatie (mede) het Nederlanderschap heeft verkregen, voelt zich cultureel wellicht nog steeds meer met Marokko dan met Nederland verbonden. Als die culturele eigenheid wordt bevestigd door een huwelijksvoltrekking op het Marokkaanse consulaat, zie ik eigenlijk geen «zwaarwegende redenen» om een dergelijk huwelijk ongeldig te achten», aldus De Boer.

Een andere annotator van het arrest van de Hoge Raad, Jordens-Cotran,³⁸ meende evenwel, mijns inziens terecht, dat het, in het licht van de uitspraak van de Hoge Raad verdedigbaar is om te veronderstellen dat de uitspraak gevolgen kan hebben voor het Nederlandse materieel huwelijksrecht. Ook het sluiten van een religieus huwelijk van - bijvoorbeeld - Nederlandse christenen en joden kan immers worden beschouwd als behorend tot hun eigen identiteit. Waarom dan wel respect opbrengen voor de cultureel-religieuze identiteit van personen wier rechtsverhouding een extraneïteitselement vertoont, maar niet voor de culturele identiteit van personen die geen extraneïteitselement kunnen voorleggen, zo luidt dan de vraagstelling. Ik acht deze vraagstelling legitiem. Ook volgens mij moet logischerwijze bij hantering van het argument van respect voor de culturele diversiteit niet alleen voor bipatride maar eveneens voor monopatride huwelijkskandidaten de aanvaarding van een religieuze huwelijksluiting aan de orde worden gesteld.

³⁵ Historisch werden in het *ijpr* zeer diverse pogingen ondernomen om respect voor rechtsregels van vreemde staten via *ijpr*-regels juridisch te onderbouwen. Daarbij was echter slechts hoogst zelden sprake van een *verplichting* tot toepassing van vreemd recht.

³⁶ Th. M. DE BOER, noot onder H.R. 13 december 1996, *N.J.* 1997, nr. 469.

³⁷ Zie ook het hierboven reeds vermelde citaat van FOLETS, als ook M.-Cl. FOLETS, noot onder Vred. Etterbeek 13 oktober 1987, *T. Vreemd.* 1988, 28-30.

³⁸ L. JORDENS-COTRAN, «De Hoge Raad en consulaire huwelijken», *N.J.B.* 1997, 682-684.

Uiteraard zou daarbij in eerste instantie wel nog kunnen worden gedacht aan situaties die als «tussengradaties» kunnen doorgaan, met name: huwelijken gesloten volgens de vormvereisten van de rechtsorde waarvan (een van de) huwelijkskandidaten voorheen de nationaliteit bezaten, maar met welke rechtsorde de partijen zich nog steeds nauw cultureel verbonden voelen; huwelijken gesloten door personen die een religie aanhangen waardoor sommige vreemde rechtsstelsels hun huwelijk slechts erkennen indien het in de religieuze vorm is voltrokken;...

Met de inwerkingtreding van de wet van 17 december 1998 tot wijziging van de Wet Conflictenrecht Huwelijk lijkt de mogelijke discussie omtrent de weerslag van het arrest van de Hoge Raad tot een academische kwestie gereduceerd: de Nederlandse wetgever zelf heeft inmiddels aan het verder uitdijen van het arrest een halt toegeeroepen, omdat wetgeving³⁹ is totstandgekomen waarin wordt bepaald dat een huwelijk op een consulaat in Nederland waarbij een Nederlandse partner betrokken is naar Nederlandse normen niet rechtsgeldig is.⁴⁰

Toch blijft de reflectie die Jordens-Cotran naar aanleiding van dit arrest maakte mijns inziens als denkoefening belangwekkend, zeker nu - zoals ik hierboven aangaf - in sommige rechtspraak en rechtsleer de visie als zou voor het *ipr* een taak zijn weggelegd op het vlak van respect voor de culturele eigenheid van rechtssubjecten ingang vindt.

Stel nu dat men de legitimatie van het *ipr* legt in het respect voor de cultuur van bevolkingsgroepen, dan moet men allicht besluiten dat discriminatie voorhanden is indien dit respect *enkel* wordt betuigd aan personen - vreemdelingen, bipatriden, Nederlanders die in een internationale rechtsverhouding zijn betrokken - wier rechtsverhouding zich in internationale context afspeelt en indien voor zodanig verschil in behandeling geen afdoende rechtvaardiging is te geven.⁴¹

Rutten⁴² situeert de problematiek in deze context: «Een van de redenen om te trouwen op een consulaat is dat deze vorm van huwelijksluiting kan beantwoorden aan de eigen culturele normen en waarden (...) geldt niet alleen voor de monopatrie buitenlanders, maar ook voor buitenlanders met de Nederlandse nationaliteit, ja zelfs voor monopatrie Nederlanders die zich identificeren met culturele waarden uit het land van herkomst of het land van herkomst van de (voor)ouders (...).»

In de hierboven aangegeven vorm, namelijk respect voor vreemd recht gebaseerd op respect voor cultuur van betrokkenen, functioneert het *ipr* als het ware als een «verkapt» vorm van intern rechtsppluralisme: via *ipr*-regels kunnen bepaalde (rechts)culturele eigenheden worden afgedwongen, met dan wel dit voorbehoud dat enkel die gevallen waarin een extraneïteitselement voorhanden is hiervoor in aanmerking komen.

Voor het wegwerken van de aldus vastgestelde discriminatie tussen internationale en interne rechtsverhoudingen dienen zich logischerwijze twee alternatieven aan:⁴³ ofwel het ontzeggen van een dergelijk respect aan eenieder ofwel het betuigen van een dergelijk respect aan eenieder. Men kan zodoende tot twee extremen komen: hetzij de afschaffing van elke verwijzing naar vreemd recht en de weigering tot erkenning van elke in het buitenland totstandgebrachte rechtsverhouding - kortom de opheffing van het *ipr*⁴⁴ - hetzij de uitbouw van een systeem van intern rechtsppluralisme.

Wie het eerbaar acht respect te betuigen voor andermans cultuur en het *ipr* vanuit deze visie onderbouwt, moet wellicht besluiten tot het tweede alternatief - uitbouw van een systeem van intern rechtsppluralisme. *Ipr* kan zodoende fungeren als gangmaker van het eventueel ontstaan van een intern rechtsppluralisme.⁴⁵ Uiteindelijk kan men op deze manier dus komen tot een systeem van rechtsppluralisme dat zich niet alleen voordoet in *ipr*-context, maar ook in een louter interne context, met andere woorden rechtsppluralisme zonder enig vereiste van aanwezigheid van extraneïteitsele-

³⁹ Wet van 17 december 1998 tot wijziging van de Wet Conflictenrecht Huwelijk, in werking getreden op 15 januari 1999.

⁴⁰ Met J. DE BOER moet dan wel de vraag worden gesteld of, in het licht van hetgeen de Hoge Raad in het arrest stelde, moet worden besloten dat deze wetgeving in strijd is met art. 8 E.V.R.M. (zie m.n. de opwerping van J. DE BOER op een in Amsterdam n.a.v. dit arrest georganiseerd symposium).

⁴¹ Voor argumentaties in Frankrijk omtrent de vraag waarom voor vreemdelingen een religieuze huwelijksluiting wel aanvaardbaar zou zijn, terwijl deze mogelijkheid aan Franse onderdanen zou worden onthouden - wat door sommigen als een discriminatie zou worden ervaren, zo werd betoogd - zie o.a. J. DEPREZ, «Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel», *Recueil des cours*, 1988-IV, 281 e.v.

⁴² S. RUTTEN, «Consulaire huwelijken: wijziging Wet Conflictenrecht huwelijk», *F.J.R.* 1999, (114). Cfr. FOLETS (M.-Cl. FOLETS, «Mensenrechten voor of tegen moslims in West-Europa», *Recht van de islam* 15, 1998, (87), 93) waarin zij het heeft over het dilemma van het toepasselijk recht op tot de islam bekeerde Europeanen. Zie omtrent discussies over het huwelijksritueel in Nederland nog recent A. STILLE, «Het personen- en familierecht in de eenentwintigste eeuw», *Burgerzaken en recht* 1999, (114), 114-115 en S. WORTMANN, «Het familierecht in 2010», *Burgerzaken en recht* 1999, (120), 123.

⁴³ De vraag hoe op korte termijn moet worden gehandeld, m.a.w. in de periode dat men overtuigd is van discriminatie maar nog geen duidelijkheid bestaat over de naar de toekomst door te voeren hervormingen, beantwoordt FOLETS (*R.D.E.*, 1997, 261-262) in België voor wat betreft de door haar behandelde materie als volgt: «En l'absence d'une option politique clairement posée qui généraliserait l'option de for et de droit - ce qui excède l'état actuel du droit positif belge - une approche fonctionnelle de l'appartenance nationale doit être conduite rigoureusement si l'on veut éviter qu'elle conduise à fonder des différences de traitement mal justifiables dans un contexte de société multiculturelle.»

⁴⁴ Behoudens allicht de regelen van internationale bevoegdheid.

⁴⁵ Zie ook L. BUSKENS, o.c., 551, m.b.t. de mogelijkheden tot gedifferentieerde invulling van contractvrijheid in het Nederlandse erfrecht.

ment.⁴⁶ Dit tweede alternatief krijgt in de doctrine soms de naam van creatie van «intergentiel recht» mee.

Overigens zou allicht een zelfde logica moeten worden gevolgd indien de vraag rijst naar respect voor vreemde culturen, niet via aanduiding van een bepaald nationaal rechtstelsel als toepasselijk recht, maar via het *gedifferentieerd* toepassen van een rechtstelsel, eenmaal dat dit recht als toepasselijk recht is aangewezen. Ik denk hierbij onder meer aan de voorstellen van schrijvers als Deprez en Jayme⁴⁷ tot gedifferentieerde toepassing van vreemd recht door de Franse respectievelijk Duitse rechter: ook deze voorstellen zouden logischerwijze moeten leiden tot de overeenkomstige erkenning, in het recht van het forum, van specifieke rechten van sociologische entiteiten in de rechtsorde van het forum. Want, ook hier luidt de vraagstelling: waarom wel juridisch respect opbrengen voor de regelen gehanteerd in gemeenschappen die zich in een vreemde rechtsorde bevinden, en niet voor die gemeenschappen die zich in de eigen rechtsorde bevinden en pretenderen een eigen regelsysteem ontwikkeld, of in migratiesysteem behouden, te hebben? Het zou immers getuigen van een weinig consequente houding wél in het vreemde recht, maar niet in het eigen recht een gedifferentieerde toepassing van geldende rechtsnormen tot ontwikkeling te brengen. Vanuit eenzelfde optiek wierp Bovens⁴⁸ met betrekking tot de implicaties van het I.V.B.P.R. op dat er geen reden is om aan te nemen dat dit verdrag wel van toepassing is op de Basken, Balten en de exotische minderheden die in verre landen wonen, maar niet op de Marokkaanse, Molukse en Hindoestaanse gemeenschappen die in Nederland zelf zijn ontstaan. Opmerkelijk is dat Jessurun D'Oliveira zijn voorstel van «krypto-*ipr*» steunt op art. 27 I.V.B.P.R. Jessurun D'Oliveira legt overigens zelf de band tussen *ipr* en intern recht: wat voor het «krypto-*ipr*» van de inheemse *lex causae* geldt, gaat ook op voor het buitenland-

se recht dat als toepasselijk is aangewezen, aldus Jessurun D'Oliveira.⁴⁹

(iv) Mogelijkheid van wederzijdse inwerking van *ipr* en materieel recht

Staat men een systeem van intern rechtsppluralisme voor, dan kan bij de uitbouw ervan zeer zeker lering worden getrokken uit ervaringen die men in *ipr*-context reeds heeft opgebouwd met rechtsppluralisme ontstaan via *ipr*-regels, of nog, uit ervaringen in verband met rechtsppluralisme in de koloniale context.⁵⁰ Ook uit een analyse van de problemen waartoe plurilegislatieve systemen in *ipr*-context aanleiding gaven en nog steeds geven,⁵¹ kan profijt worden gedaan.

De in een rechtsorde gehanteerde onderscheidscriteria en uitstapvereisten aangaande het behoren tot een bepaalde groep zullen daarbij internationaal aanvaardbaar moeten zijn.⁵²

Opmerkelijk is bovendien dat de *ipr*-problemen waartoe systemen van intern rechtsppluralisme aanleiding geven, soms worden aangegrepen om de hervorming van het systeem van intern rechtsppluralisme te beargumenteren. Zo grijpen Riad en Sadek⁵³ de problemen waartoe het systeem van Egypt-

⁴⁹ H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Krypto-*ipr**, Den Haag, Kluwer, 1985, 28 p.

⁵⁰ In dezelfde zin: H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, «Intergentiel recht in Nederland? Een dissertatie over religieus recht en minderheden», *N.J.B.* 1993, 1, 14-16. Over rechtsppluralisme in de Franse en Belgische, Engelse en Nederlandse koloniale situatie, zie ook V. VAN DEN ECKHOUT, *De wet toepasselijk op het huwelijk en de huwelijksontbinding van nationaliteitsgemengde partners*, proefschrift KULeuven 1997, 168 e.v. en 522 e.v. Zie ook A. STRYCKEN, «Le droit religieux et son application par les juridictions civiles et religieuses. Coexistence, interpellations et influences réciproques» in *Rapports néerlandais pour le quinzième congrès internationale de droit comparé*, Antwerpen, Intersentia, 1998, 71-90, voor een analyse van *ipr*-rechtspraak waarbij de Nederlandse rechter langs de wet van vreemd statelijk recht werd geconfronteerd met religieus recht (met bijzondere aandacht voor confrontatie met het joodse recht).

⁵¹ Cfr. o.a. de historische moeilijkheden in Frankrijk bij confrontatie met Oostenrijks recht (zie o.a. Cass. fr., 30 oktober 1905, *Pand. Fr. Pér.*, 1906, V, 66) en de moeilijkheden die België ondervond in confrontatie met o.a. Spaans recht (zie hierover o.a. F. RIGAUX, «Règles de compétence judiciaire et règles de fond en matière de divorce et de séparation de corps» (noot onder Brussel, 11 december 1965), *R.C.J.B.* 1970, 11-35).

⁵² Zie hierover V. VAN DEN ECKHOUT, *De wet toepasselijk op het huwelijk en de huwelijksontbinding van nationaliteitsgemengde partners*, proefschrift KULeuven 1997, 174 e.v. Overigens gaat de uitbouw van een systeem van internrechtelijk rechtsppluralisme liefst gepaard met de constructie van een bijkomende set van classificatieregels op *ipr*-vlak, dit ter vermindering van problemen op *ipr*-vlak. GANNAGE (P. GANNAGE, 'L'état face au pluralisme des statuts familiaux au Liban', *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, 1967, 157-169) meldde hieromtrent de praktijk van stelselmatige afwijzing van renvoi door Libanese rechters in geval van terugwijzing van vreemd *ipr* naar Libanees *ipr*: het zou bij renvoi immers onduidelijk zijn naar wélk van de intern geldende confessionele systemen werd verwezen.

⁵³ F. RIAD en H. SADEK, «Les conflits de lois en droit interne et en droit international privé égyptien dans les matières de statut personnel» in *Le statut personnel des musulmans*, J.-Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (red.), Brussel, Bruylant, 1992, (67), 93 e.v.

⁴⁶ Voor een pleidooi in die zin: zie S. VESTDIJK-VANDERHOEVEN, *Religieus recht en minderheden. Een onderzoek naar de rechtspositie van de leden der minderheden in relatie tot het eigen religieuze recht van deze minderheden in Nederland*, proefschrift universiteit Utrecht, 1991. Zie ook L. BUSKENS, o.c., 549 e.v. Voor een korte bespreking van de mogelijkheden om in België in de huidige stand te komen tot een gedifferentieerde toepassing van het materieelrechtelijke familierecht (vooral in de vorm van materieelrechtelijke rechtskeuzemogelijkheden en invulling van blanco-normen), en een (kritische) beoordeling van verdergaande voorstellen, zie V. VAN DEN ECKHOUT, *De wet toepasselijk op het huwelijk en de huwelijksontbinding van nationaliteitsgemengde partners*, proefschrift KULeuven 1997 en V. VAN DEN ECKHOUT, «Thuisbrengen van een op drift geraakte rechtsverhouding», *I.c.*, 171-192. Eveneens in afwijzende zin m.b.t. creatie van vormen van intern rechtsppluralisme in de Nederlandse rechtsorde: A. VONKEN, «De multiculturele samenleving en de bemiddelende rol van het internationaal privaatrecht en de mensenrechten», *I.c.*

⁴⁷ J. DEPREZ, *I.c.*, 357 e.v. E. JAYME, *I.c.*, 262 e.v. Zie hierover o.a. V. VAN DEN ECKHOUT, *De wet toepasselijk op het huwelijk en de huwelijksontbinding van nationaliteitsgemengde partners*, Proefschrift KULeuven 1997, o.a. p. 182 e.v. alsook A. VONKEN, «De multiculturele samenleving en de bemiddelende rol van het internationaal privaatrecht en de mensenrechten», *I.c.*

⁴⁸ M. BOVENS, «Babel binnen het recht» in *Recht en rechtsppluralisme in een multiculturele samenleving*, N. HULS en H. STOUT (red.), Zwolle, Tjeenk Willink, 1993 (159), 168-169.

tisch intern rechtspluralisme in *ipr*-context aanleiding geeft, aan om er het internrechtelijke systeem - waarbij een overwicht is toegekend aan het musulmaanse recht - mee aan de kaak te stellen. Uit het voorgaande blijkt hoe *ipr* en materieel recht in een voortdurende relatie van wisselwerking kunnen komen te staan en elkaar wederzijds impulsen kunnen geven.

b) *Argumentaties voortbouwend op het belang van internationale beslissingsharmonie*

(i) *Aantijgingen van discriminatie: bevoordeling van internationale rechtsverhoudingen*

Opmerkelijk is dat men vanuit de tweede zienswijze op de ultieme legitimatie van het *ipr* tot een ander antwoord komt op de vraag wanneer precies discriminatie voorhanden is. Vanuit deze optiek hebben personen wier rechtsverhouding zich in een internationale context afspeelt immers meer aanspraak op toepassing van vreemd recht dan personen wier rechtsverhouding zich in een louter interne context afspeelt. Want voor hen mag worden verondersteld dat, enerzijds, het risico bestaat dat de in het ene land totstandgebrachte rechtsverhouding, in een ander land niet zal worden erkend, maar dat, anderzijds, de bereidheid van overheden van het ene land tot toepassing van het recht van het andere land de kansen op erkenning in dat andere land gevoelig zal verhogen.⁵⁴

En toch kan ook als men vanuit deze bekommernis *ipr*-regels opstelt, nog steeds de overtuiging bestaan dat middels toepassing van *ipr*-regels de ene categorie rechtzoekenden op een ongeoorloofde wijze wordt bevoordeeld tegenover de andere categorie rechtzoekenden.

Ik geef hierna twee manieren aan waarop een dergelijke bevoordeling vandaag wordt bewerkstelligd: allereerst de «onrechtstreekse» bevoordeling, vervolgens de «rechtstreekse» bevoordeling. Ik geef daarbij ter illustratie telkens een voorbeeld aan, waarbij een dergelijke bevoordeling door bepaalde rechtsleer wordt aangeklaagd als zouden op die manier personen wier rechtsverhouding zich in een louter interne context afspeelt, worden gediscrimineerd. Vervolgens ga ik na of argumenten zijn aan te dragen om de aldus toegekende privileges aan personen wier rechtsverhouding zich in een internationale context afspeelt, te neutraliseren *mid-*dels liberalisering van het interne materiële recht. Zo duikt ook hier de vraag op of het *ipr* impulsen kan uitoefenen op het materiële recht, en wel in de zin van een stuwung tot liberalisering van het interne materiële recht van een rechtsorde.

⁵⁴ Overigens kan in deze zienswijze minder discussie bestaan over het antwoord op de vraag of al dan niet vreemd *statelijk* recht dient te worden toegepast, omdat het belang van internationale beslissingsharmonie - en dus het bevorderen van de kansen tot erkenbaarheid van de uitspraak in het buitenland - centraal staat: allicht maakt die beslissingsharmonie de meeste kansen bij toepassing van *statelijk* recht.

(a) *Onrechtstreekse bevoordeling van personen wier rechtsverhouding zich in een internationale context afspeelt: forumshopping*

Ik illustreer de eerste manier van onrechtstreekse bevoordeling⁵⁵ met een thans in België en vooral in Frankrijk ter discussie staande kwestie, met name op het vlak van het internationale echtscheidingsrecht.

Welnu, hierboven had ik het reeds over het vonnis van de burgerlijke rechtbank van Brussel waarbij een in Marokko totstandgebrachte verstoting, uitgesproken ten aanzien van een bipatride vrouw, in België werd erkend. *In casu* kon zeer zeker erkenning worden gebaseerd op het argument van de internationale beslissingsharmonie: weigering van erkenning had immers meegebracht dat de echtscheiding wel in Marokko, niet in België als geldig werd beschouwd. Maar, had een situatie van internationale beslissingsharmonie ook niet kunnen worden bereikt als de betrokkene(n) *eerst* de Belgische rechter had(den) aangesproken tot ontbinding van hun huwelijk en *nadien* die echtscheiding ook naar vreemd recht had(den) bewerkstelligd, in plaats van - zoals *in casu* was gebeurd - eerst de (*in casu* Marokkaanse) vreemde overheden aan te spreken en de Belgische rechter vervolgens voor voldongen feiten te plaatsen? Hier rijst de vraag naar de *volgorde* waarin mensen de overheden van verschillende staten moeten aanspreken. Het aangeven van die volgorde is in de praktijk dikwijls doorslaggevend voor de termijn waarbinnen een gewenste regeling kan worden totstandgebracht of, meer nog, van de mogelijkheid *tout court* die regeling tot stand te brengen. Wat nu sommige schrijvers en rechtspractici tegen de borst lijkt te stuiten in de hierboven vermelde situatie, is dat de betrokkenen in Marokko op *soepelere* gronden een echtscheiding konden verkrijgen dan het geval ware geweest, hadden zij in België een echtscheidings-

⁵⁵ Overigens moet worden opgemerkt dat soms ook bevoordeling (*of benadeling*) geschiedt van personen wier rechtsverhouding zich in internationale context afspeelt door het gegeven dat de normaal toepasselijke verwijzingsregels niet op elkaar aansluiten (cfr. het schoolvoorbeeld van het niet op elkaar aansluiten van regels van huwelijksvermogensrecht en erfrecht) of nog, langsheen de uitwerking van de techniek van de exceptie van internationale openbare orde. M.b.t. de exceptie van internationale openbare orde dient de problematiek zich o.a. aan als men de manier in ogenschouw neemt waarop een rechter de leemte opvult die ontstaat door de afweer van vreemd recht (zie hierover, voor Nederland, in de materie van de echtscheiding o.a., kort, P. MOSTERMANS, o.c., 43). De rechtbank van Breda (Rb. Breda, 9 juni 1992, *N.I.P.R.* 1993, 412) koos ervoor de leemte, ontstaan door afweer van Marokkaans echtscheidingsrecht, op te vullen door Nederlands echtscheidingsrecht toepasselijk te verklaren op de bevoegdheid van de vrouw om echtscheiding te vorderen. Dit is niet de enig denkbare oplossing. Een meer formele oplossing bestaat erin de vrouw onder dezelfde voorwaarden als de man naar vreemd recht zijn vrouw kan verstoten, toe te staan de man te verstoten. Dit is een type oplossing die bijvoorbeeld in België door bepaalde rechters die worden geconfronteerd met het privilege, naar Marokkaans recht, van de man tot omkering van het vaderschapsvermoeden, wordt gehanteerd. De Marokkaanse vrouw wordt dan wel op een formele manier op gelijke voet gesteld met de Marokkaanse man, maar wordt op die manier duidelijk anders behandeld dan Marokkaanse vrouwen die in het land van herkomst een procedure willen starten en eveneens anders dan Belgische vrouwen en mannen die in België in een louter internrechtelijke rechtsverhouding een procedure aanvatten.

procedure gestart. Vandaar volgt de aantijging dat de betrokkenen die aldus handelen en er bovendien in slagen in België de erkenning van die echtscheiding te verkrijgen, bevoordeeld worden, allereerst tegenover personen wier rechtsverhouding zich eveneens in een internationale context afspeelt, maar die zich geen reis naar het buitenland kunnen veroorloven - of nog, die niet de mogelijkheid hebben de echtscheiding in het buitenland middels een volmacht te laten afhandelen -, vervolgens tegenover personen wier rechtsverhouding zich in een louter interne context afspeelt. In deze bijdrage gaat mijn aandacht naar deze laatste categorie personen.

Het betreft een problematiek die vandaag niet alleen in België, maar ook - en zelfs vooral - in Frankrijk heel gevoelig ligt. In het bijzonder de situatie van bipatride Marokkaans-Franse rechtsonderdanen wekt daar beroering. Zoals Franse onderdanen bezitten deze personen immers de Franse nationaliteit, maar hebben zij daarnaast «het geluk» tevens de Marokkaanse nationaliteit te bezitten. Op grond van die Marokkaanse nationaliteit kunnen zij ⁵⁶ proberen in Marokko op soepele wijze een ontbinding van hun huwelijk te verkrijgen en die huwelijksontbinding vervolgens in Frankrijk te laten erkennen. Bepaalde rechtsleer ⁵⁷ beschouwt deze handelwijze als een vorm van *fraude* aan het Franse recht. Betoogd wordt dat voornoemde handelwijze enkel gehonoreerd mag worden als de Marokkaanse nationaliteit als meest effectieve van beide nationaliteiten kan worden aangemerkt, wat niet denkbaar wordt geacht als de betrokkenen de Franse nationaliteit door middel van naturalisatie, m.a.w. op eigen verzoek, hebben verworven. ⁵⁸

Buiten die gevallen zou de handelwijze de sociale cohesie van de Franse maatschappij in het gedrang brengen, ⁵⁹ zo wordt gevreesd, omdat mensen die alleen de Franse nationaliteit bezitten, door Franse overheidsorganen verschillend worden behandeld. Sommige Franse rechters straffen dergelijke handelwijze van Marokkaanse onderdanen

af. ⁶⁰ Echtscheiding zou dan alleen aanvaardbaar zijn als de betrokkene(n) middels toepassing van het recht van een forum eenzelfde resultaat had(den) kunnen bereiken. ⁶¹

*(b) Rechtstreekse bevoordeling van personen wier
rechtsverhouding zich in internationale context afspeelt:
conflictenrechtelijke herkansingen*

Bevoordeling van internationale rechtsverhoudingen ten aanzien van interne rechtsverhoudingen vindt in het *ipr* in sommige materies niet alleen *onrechtstreeks* plaats, via het openstellen aan de betrokkenen van de mogelijkheid tot het aanspreken van verschillende fora die elk voor zich verschillende rechtsregels zullen toepassen, waarna de betrokkenen het aldus verkregen vonnis in de andere rechtsorde kunnen laten erkennen. Bevoordeling kan ook *rechtstreeks* gebeuren, op een door de rechtsorde van het forum duidelijk gewilde en georganiseerde manier. Deze laatste situatie doet zich voor als vanuit het forum aan de betrokkenen «conflictenrechtelijke herkansingen» worden geboden. Mede omwille van respect voor het gelijkheidsbeginsel - in zijn toepassing op de verhouding internationale - nationale rechtsverhoudingen - worden internationale rechtsverhoudingen normalerwijze in één rechtssysteem ondergebracht; ⁶² maar soms wordt, vanuit een idee van begunstiging, een systeem van alternatieve aanknopings gehanteerd. ⁶³ Sommige schrijvers betogen hieromtrent dat de alternatieve aanknopingsregel kan leiden tot een onevenwichtige bevoordeling van personen wier rechtsverhouding zich in een internationale

⁶⁰ Zie Cass. fr., 17 mei 1993, *R.C.D.I.P.* 1993, 684, noot P. COURBE.

⁶¹ Ook in België lijkt sommige rechtspraak een dergelijke houding aan te nemen. Cfr. ook de overweging van de Belgische rechter in het vonnis van de burgerlijke rechtbank van Brussel van 15 maart 1988 (*R.T.D.F.* 1990, 376) dat «attendu qu'en l'espèce, il faut admettre que l'éventuelle fraude à la loi ne pourrait porter sur le principe même de l'acceptation du divorce par consentement mutuel; qu'en effet, compte tenu des éléments d'extranéité de l'espèce, la partie demanderesse aurait pu obtenir un divorce par consentement mutuel en Belgique, mais en respectant, alors, les règles de procédure du droit belge.» In het arrest van het hof van beroep van Luik (Luik, 16 november 1993, *R.D.E.* 1991, 220, noot FOLETS, M.-Cl.) werd het argument dat partijen ook naar Belgisch recht een huwelijk hadden kunnen sluiten, gehanteerd om aan een consulaire huwelijk het voordeel van *putativiteit* te verlenen. In Frankrijk bekritiseerde MUIR WATT (H. MUIR WATT, noot onder Trib. Grande instance Paris, 10 mei 1990, *R.C.D.I.P.* 1991, 392-400) deze handelwijze als volgt: «Pareille attitude laisse perplexe. Car en réhabilitant la condition d'absence de fraude, elle implique en effet qu'il n'est pas a priori légitime pour les parties à une situation «plurilocalisée» d'exploiter l'existence dans l'ordre international d'une pluralité de compétences concurrentes. Au contraire, selon cette conception, le fait que les tribunaux français soient directement compétents suffirait à exclure toute faculté des parties de saisir une autorité étrangère, dès lors qu'elles entendent se prévaloir en France de la décision ainsi obtenue. En fait de progrès, on avait vu mieux...».

⁶² W. WENGLER, «Les conflits de lois et le principe d'égalité», *R.C.D.I.P.* 1963, 203-230 en 503-527.

⁶³ Zie voor enkele voorbeelden in Nederland L. STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 1997, 99. Zie in België bv. de door de rechtspraak gehanteerde alternatieve aanknopings in de materie van erkenning van buitenhuwelijkse kinderen.

⁵⁶ Althans personen van het mannelijk geslacht, of paren die het er over eens zijn in Marokko uit de echt te scheiden. Over de vraag of fraude enkel mogelijk is voor de man, of ook voor beide partijen, zie voor Frankrijk o.a. J. DEPREZ, *l.c.*, 175, noot en, voor België, J. ERAUW, «Verstoting-echtscheiding is moeilijk erkenbaar», *R.W.* 1995-96, 1330-1335 in reactie op een bijdrage van J.-Y. CARLIER.

⁵⁷ Zie B. AUDIT, «Droit international privé à la fin du XXe siècle», *Revue internationale de droit comparé*, 1998, 421 e.v.; Y. LEQUETTE, noot onder Cass., 13 oktober 1992, *J.D.I.* 1993, 98-103 en Y. LEQUETTE, noot onder Parijs, 27 september 1990, *R.C.D.I.P.* 1992, 94-108.

⁵⁸ Over de band die wordt gelegd tussen de wijze van verkrijgen van een bepaalde nationaliteit en het inschatten van het effectieve karakter van die nationaliteit, zie ook V. VAN DEN EECKHOUT, *De wet toepasselijk op het huwelijk en de huwelijksontbinding van nationaliteitsgemengde partners*, Proefschrift KULeuven 1997, p. 246 noot 1099. In Nederland verdedigt MOSTERMANS een voorkeur voor de nominale effectiviteit: in de context van het erkenningsrecht pleit het *favor-recognitionis*-beginsel volgens MOSTERMANS voor het weren van een effectiviteits- of realiteitstoets ingeval van verstoting door een bipatride man of een man met een verwaterde nationaliteit. MOSTERMANS kiest hier voor de oplossing die meest erkenningsgezin is en de in het buitenland reeds bewerkstelligde huwelijksontbinding ook in Nederland als geldig beschouwt (zie P. MOSTERMANS, *o.c.*, 79-80, waar zij tevens de discussie aangeeft).

⁵⁹ Aldus AUDIT, *l.c.*, 444.

context afspeelt in verhouding tot personen wier rechtsverhouding zich in een louter interne context afspeelt.⁶⁴ In internationale rechtsverhoudingen zou immers een «internationaliteitsbonus»⁶⁵ worden toegekend, terwijl het ook voor rechtssubjecten wier rechtsverhouding zich in een louter interne context afspeelt, wenselijk kan zijn dat ruimere, hernieuwde kansen en mogelijkheden worden geboden. Een dergelijke kritiek zal vooral opduiken daar waar vreemd recht met *permissive* werking kan tussenkomen.⁶⁶

(ii) *Consequenties voor het materiële recht: ipr als aanzet tot verdergaande liberalisering van het materiële recht?*

Naar aanleiding van de in de eerste manier van bevoordeling naar voren gebrachte problematiek kan de vraag worden gesteld in hoeverre de houding van afweer ten aanzien van buitenlandse huwelijksontbindingen - in zoverre ze louter gebaseerd is op het argument dat in het forum (nog) geen echtscheiding mogelijk ware geweest - in overeenstemming is met de evolutie die zich in het interne materiële recht van verscheidene West-Europese landen afspeelt: een evolutie in de zin van «*favor divorti*», waarbij het instituut van de echtscheiding steeds meer wordt geliberaliseerd. Waarom niet in ipr-context al onmiddellijk uitwerking geven aan het principe van de *favor* als die *favor* internrechtelijk in opmars is en bovendien de internationale beslissingsharmonie in de hand werkt? Waarom niet aanvaarden dat het *ipr* van een rechtsorde in zulke situatie *vooroploopt* op het interne materiële recht? In een dergelijk geval zou geen sprake zijn van fraude, enkel van - toegelaten⁶⁷ - forumshopping.⁶⁸

⁶⁴ Zie bv. In Nederland A. VONKEN, «Rechtsvinding in het hedendaagse internationale familierecht», *l.c.*; A. VONKEN, *Het internationale afstammingsrecht in perspectief*, Arnhem, Gouda Quint, 1987, 428. Partijen zouden kunnen «eten uit twee ruiven» en B.M.M. WEIFFENBACH, «Justitia en Mercuris. Materieelrechtelijke tendensen in het internationaal-privaatrechtelijke conflictenrecht bij grensoverschrijdende milieuvervuiling», *T.M.A.* 1989, 1-11. Cfr. In België J. ERAUW, «De betwisting van een natuurlijke afstamming tegenover een Algerijnse man» (noot onder Rb. Antwerpen, 2 november 1983), *T. Vreemd* 1984, 138 e.v.

⁶⁵ Cfr. Th. M. DE BOER, «De wisselwerking tussen materieel recht en conflictenrecht», *l.c.*, 88.

⁶⁶ Cfr. het Zwitserse voorbeeld inzake huwelijksbevoegdheid (*ibid.*, 57) alsook art. 2 Nederlandse W.C.H. Het in het forum geldende recht is immers niet noodzakelijk het meest liberale recht.

⁶⁷ In het thans voorliggende Belgische *ipr*-codificatieproject zou een dergelijke forumshopping evenwel sterk aan banden worden gelegd voor wat verstotingen betreft: als één van de voorwaarden tot het toekennen van gevolgen aan «de in het buitenland verleden akte die de wil van de echtgenoot om het huwelijk te ontbinden vaststelt», wordt o.a. vereist dat «de echtgenoten bij (die) homologatie hun gewone verblijfplaats hadden in de staat waarin de akte werd gehomologeerd (*Marokkaanse vrouwen in gezinsgeschillen*, M.-Cl. FOLETS (red.), Antwerpen, Maklu, 1998, 277). Voor een bespreking van de mogelijk op til zijnde wijzigingen in het Marokkaanse interne en internationale echtscheidingsrecht, zie L. JORDENS-COTRAN, «Bijdrage conferentie Rabat «Kind, gezin en migratie»», *Migrantenrecht* 1999, 126-131.

⁶⁸ Uiteraard hoeft dit nog niet te betekenen dat vreemd recht *onvoorwaardelijk* voor toepassing in aanmerking moet komen. De vraag is dan uiteraard hoever precies men in *ipr*-context mag gaan - is het bv. redelijk de grens te leggen daar waar de eigen verwachtingen

Uiteraard bestaan dan in *ipr*-context ruimere mogelijkheden dan in een interne context om een bepaald resultaat te verkrijgen. Ervaart men discriminatie, dan moet de argumentatie zich mijns inziens evenwel richten op de openstelling door de wetgever van dat soepel systeem *voor eenieder*, dit via een versoepeling van het interne materiële recht.

Bij navolging hiervan zou zich een boemerangeffect voordoen: de materieelrechtelijke *favor* inspireert tot een *favor*-houding op *ipr*-vlak, deze *favor* gaat daar een eigen leven leiden, waarna de wetgever voor de hervorming van het intern materiële recht consequenties trekt uit de evolutie van dat *ipr*. Het herstel van het evenwicht gebeurt dan in een opwaartse beweging, in de richting van een liberalisering van rechtsregels. Om het met een metafoor uit te drukken: men kan het zich voorstellen alsof een rechtsorde zich op twee schaatsen voortbeweegt en zichzelf, met alle regels die ze omvat, in evenwicht moet houden. Het *ipr* vormt daarbij het ene been, het materiële recht het andere been. Wil men nu binnen die rechtsorde bepaalde hervormingen doorvoeren, dan zal dit het vlotst kunnen verlopen als men nu eens het ene been, dan weer het andere been vooruitschuift. Een beweging van het ene been zal het andere been meetrekken. *Ipr* is dan niet een karrevracht die een rechtsorde achter zich aansleept, maar integendeel een van de activerende factoren die een hervorming in een bepaalde richting kunnen werkstelligen. In die zin wil ik spreken over een mogelijk «tweesporenbeleid».

Kennen we aan het *ipr* een voorlopersfunctie toe, dan hoeft het *ipr* deze rol overigens niet uitsluitend te vervullen in het raam van confrontatie met een *buitenlands* rechtstelsel: denkbaar is dat *eenvormig privaatrecht*, louter toepasselijk op internationale rechtsverhoudingen, anticipeert op intern materieel recht. Interessant lijkt mij dan ook de volgende vraag: als men ooit mocht komen tot de constructie van een «Europees familierecht» en dit Europees familierecht toepasselijk wordt verklaard op rechtsverhoudingen met een extraneïteitselement,⁶⁹ in hoeverre zal dit recht dan ook op zijn beurt in een volgende fase impulsen uitoefenen op de materieelrechtelijke stelsels van de aangesloten verdragslanden? Opmerkelijk is overigens dat soms voorstellen tot creatie van eenvormig privaatrecht worden gelanceerd, waarbij de ontwerpers dat eenvormig privaatrecht in eerste instantie toepasselijk willen maken op rechtsverhoudingen met een internationaal element, maar kennelijk toch van meet af aan in het achterhoofd de bedoeling hebben dat recht op termijn ook toe te passen op zuiver internrechtelijke rechtsverhoudingen. Ter illustratie verwijs ik naar het voorstel van

naar verwachting in de toekomst bij hervorming van het materiële recht de hervorming zal leggen? Essentieel bij dit alles is echter dat vreemd recht dat soepeler is dan het recht van het forum gehonoreerd kan worden, ook al bezitten de betrokkenen nauwe banden met het forum. Over het effect van het ter tafel liggen van een wetsvoorstel op de evaluatie van de exceptie van internationale openbare orde, namelijk als zou ten gevolge daarvan nog maar moeilijk kunnen worden beweerd dat de essentiële fundamenteën van de Belgische samenleving zijn geraakt - zij het in de materie van (Belgische) internationale afstamming -, zie ook kort H. VAN HOUTTE, noot onder Gent, 9 december 1976, *R.W.* 1976-77, (2358), 2359.

⁶⁹ Zie hierover o.a. G.-R. DE GROOT, «Op weg naar een Europees personen- en familierecht», *A.A.* 1995, (29), 33.

Riad ⁷⁰ tot uitwerking van een Code voor moslimmannen in Europa: Riad heeft het over moslimmannen met vreemde nationaliteit; tot de islam bekeerde Europeanen zouden met andere woorden in eerste instantie niet onder het toepassingsgebied van deze code vallen; maar op termijn zou dergelijke uitbreiding van het toepassingsgebied toch wel de bedoeling zijn, aldus althans Jahel. ⁷¹

Ook inzake de tweede, rechtstreekse manier van bevoordeling kan zich een boemerangeffect voordoen: van de weeromstuit kan het materiële recht een terugslag ondervinden van hetgeen het uit het materiële recht voortkomende begunstigingsbeginsel in het *ipr* teweegbracht. Mag dan, zo luidt ook hier de vraag, worden besloten dat de hantering van een alternatieve aanknopingsregeling aanleiding kan geven tot een hervorming in de zin van verdergaande versoepeling in het materiële recht? Dan zou ook hier het *ipr* als voorloper kunnen fungeren van bewegingen die zich in het materiële recht aan het voltrekken zijn; *ipr* vervult dan een signaalfunctie.

B. *Ipr* als blootleggingsmechanisme van pijnpunten in het materiële recht

Ipr kan op een nog andere manier een signaalfunctie vervullen: *ipr* kan fungeren als blootleggingsmechanisme van pijnpunten in het materiële recht. Immers, als men enerzijds beweert dat in *ipr*-context behoefte is aan bepaalde *correctiemechanismen*, en men anderzijds moet vaststellen dat zich ook in het materiële recht de in *ipr*-context aangeklaagde situatie voordoet, ⁷² in hoeverre moet dan logischerwijze eveneens versoepeling van het materiële recht worden bepleit? En in hoeverre kan zodoende aan het *ipr* een argument worden ontleend voor een meer algemene herziening van het interne materiële recht? In de Nederlandse doctrine werd dit type afleidingen reeds daadwerkelijk gemaakt naar aanleiding van de ontwikkelingen in het internationaal huwelijksvermogensrecht. In die materie werden door de rechtspraak immers zowel «conflictenrechtelijke correctiemechanismen» ⁷³ als «materieelrechtelijke correctiemecha-

nismen» ⁷⁴ gehanteerd. Het is niet mijn bedoeling de discussie omtrent de in die rechtspraak ontwikkelde excepties, ⁷⁵ die de jongste jaren ietwat geluwd lijkt, ⁷⁶ opnieuw aan te wakkeren.

Wel leent deze thematiek zich op een meer algemeen plan tot het uitklaren van de tweede vorm van interactie van *ipr* op materieel recht, die ik hierna wil behandelen.

of dat de Chelouche-regel hiervoor bepalend is. Indien echtgenoten op goede gronden, bijvoorbeeld ingewonnen advies, te goeder trouw van de werking van de oude regel zijn uitgegaan, dan mogen zij zich daarop ook beroepen. Het betreft derhalve een soort verschoonbare dwaling omtrent de vraag of de oude of de nieuwe conflictregel geldt.

⁷⁴ De exceptie van het Rhodesia-arrest (H.R., 19 maart 1993, *N.J.* 1994, 187). In de zaak die voorlag in het Rhodesië-arrest werd een rechtsdwaling door de Hoge Raad gecorrigeerd door gebruik te maken van de goede trouw-bepaling van het *in casu* toepasselijke Nederlandse interne recht, dat met toepassing van Nederlands *ipr* van toepassing was verklaard.

⁷⁵ Verwacht wordt dat de in die rechtspraak ontwikkelde excepties naar de toekomst toe steeds meer aan belang zullen inboeten. Verwacht wordt dat zij in de rechtspraak een stille dood zullen sterven. In de materie van het Nederlandse internationaal huwelijksvermogensrecht zijn immers verdragsrechtelijke afspraken gemaakt die in almaar toenemende mate de materie beheersen. M.b.t. de vraag of, ook indien een verdrag is gesloten en in het verdrag zelf geen billijkheidsexceptie is opgenomen, de exceptie kan worden ingeschakeld, zie o.a. *N.I.P.R.* 1994, 88 alsook K. BOELE-WOELKI en D. KOKKINI-IATRIDOU, «Opmerkingen over de schets van een algemene wet betreffende het *ipr*», *N.I.P.R.* 1992, (477), 506 en 512. Volgens VAN RIJN zou de «verrijkte versie» van de openbare orde ook tegen verdragsregels kunnen worden opgeworpen, aangezien de invulling van de openbare orde altijd een nationale zaak blijft, aldus VAN RIJN. Allicht blijft dan toch wel nog minstens vereist dat in het verdrag een voorbehoud op grond van openbare orde is opgenomen (cfr. de implicaties waartoe het Haags Huwelijksverdrag van 1905 - waarin een dergelijk algemeen voorbehoud niet was gemaakt - destijds aanleiding gaf. Zie hierover ook K. BOELE-WOELKI en D. KOKKINI-IATRIDOU, «Haagse verdragen en het Nederlandse internationale familierecht», *F.J.R.* 1993, 122-134. Zie ook, *mutatis mutandis*, m.b.t. de «ontsnappingsclausule» in verhouding tot verdragsrechtelijke afspraken, B. HOOIJMEIJER, «De algemene exceptieclausule in het internationaal privaatrecht», *A.A.* 1996, 227-234.

⁷⁶ De exceptie van het Chelouche van Leer-arrest werd in de praktijk nauwelijks gebruikt. Zie voor een enkele toepassing Hof Den Haag 13 oktober 1977, weergegeven bij I. JOPPE, «Overzicht der Nederlandse rechtspraak. Internationaal privaatrecht» *W.P.N.R.* 1980, (201), 207. In H.R. 16 september 1994, *NJ* 1995, 169, met noot Th. M. DE BOER wees de Hoge Raad een beroep op de exceptie af. Zie hierover ook L. STRIKWERDA, o.c., 154, waarin hij besluit dat de exceptie niet de strekking heeft het verwijzingsresultaat op gronden van redelijkheid en billijkheid te corrigeren en slechts kan worden ingeroepen indien echtgenoten, die vóór hun huwelijk geen banden met Nederland hadden, door de toepasselijkheid van het Nederlandse stelsel van de algehele gemeenschap van goederen zijn «overvallen». Maar zie ook I. JOPPE, *Huwelijksvermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, die oordeelt dat de Hoge Raad de Chelouche van Leer-exceptie in dit arrest toch nieuw leven heeft ingeblazen, omdat de aanwending van de exceptie in een andere casus wel mogelijk ware geweest.

⁷⁰ A. RIAD, *l.c.*

⁷¹ S. JAHÉL, «La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français», *R.I.D.C.* 1994, (31), 50.

⁷² Zij het dat in *ipr*-context het schrijnend karakter van een situatie waartoe toepassing van een rechtsregel aanleiding geeft, soms wordt uitvergroot, bv. door de complicaties teweeggebracht door de migratie van de betrokkenen en/of door problemen van socio-economische aard die hiermee gepaard gaan.

⁷³ De exceptie van het Chelouche van Leer - (H.R. 10 december 1976, *N.J.* 1977, 275) en het Sabah-arrest (H.R., 7 april 1989, *N.J.* 1990, 347). In het Chelouche van Leer-arrest overwoog de Hoge Raad dat, ook al zou op grond van de door hemzelf geformuleerde verwijzingsregel Nederlands recht van toepassing zijn, dit in de omstandigheden van het onderhavige geval «onaanvaardbaar» is. De raad doelde daarbij op de omstandigheden dat partijen reeds eerder uit de echt zijn gescheiden, de man «een groot zakenman is», de vrouw «vermogen in verschillende landen bezit» en de algehele gemeenschap van goederen niet bekend is in enig rechtssysteem waarmee partijen vóór hun huwelijk verbonden waren. Men neemt aan dat het Sabah-arrest doelt op gevallen waarbij echtgenoten hebben gedwaald omtrent de vraag of de oude commune conflictregel (nationale wet van de man) hun huwelijksvermogensregime beheerst

1° Oplossingsmechanismen in het ipr als gangmaker voor de uitbouw van milderingsmechanismen in het materiële recht?

In het arrest Chelouche van Leer schoof de Nederlandse Hoge Raad de verwijzing naar het Nederlandse wettelijke huwelijksstelsel van gemeenschap van goederen als «onaanvaardbaar» terzijde voor de specifieke situatie waarin het echtpaar Chelouche zich bevond. Bijzonder belangwekkend daarbij is dat de Hoge Raad zodoende regelen van Nederlands recht opzijzette en de rechter daartoe een eigen techniek ter hand stelde.⁷⁷ Die techniek kreeg mettertijd de naam van de «Chelouche van Leer-exceptie» mee.

In zijn annotatie bij dit arrest omschrijft Jessurun D'Oliveira⁷⁸ deze uitspraak als «een sterk staaltje van jurisprudentiële creatie van intergentiel recht, om dit eufemisme voor civielrechtelijke klassejustitie maar te gebruiken.» Jessurun D'Oliveira werpt vervolgens de vraag op of het door de Hoge Raad uitgesproken arrest «onaanvaardbaar» ook zou hebben geklonken «als Nederlands recht was aangewezen als gemeenschappelijke nationale wet van de echtgenoten: de primaire objectieve verwijzingsregel. Niet is in te zien, waarom Nederlands recht, in een internationaal geval, *ceteris paribus*, veel aanvaardbaarder zou zijn als het Nederlandse partijen betreft» en, nog verder: «En nog één stap verder: als twee Nederlanders in een intern geval zouden trouwen zonder huwelijksvoorwaarden, met overigens gelijkblijvende omstandigheden, zou de Hoge Raad dan óók ter hulp zijn gesneld?»

Zodoende duikt de hierboven aangegeven problematiek van klassejustitie, discriminatie en onderscheid tussen internationale en nationale rechtsverhoudingen ook in dit hoofdstuk op. In deze context gaat het dan in het bijzonder om discriminatie inzake opvangmogelijkheden voor schrijnende gevallen. Meer algemeen geformuleerd komt de onder dit hoofdstuk aan de orde gestelde redenering hierop neer: in het *ipr* wordt men soms, bij toepassing van vreemd recht, geconfronteerd met schrijnende situaties. Klaagt men evenwel in *ipr*-context het schrijnende karakter aan van situaties die ontstaan door toepassing van vreemd recht, en neemt men daarna kennis van het recht van het forum, dan is dit soms

ontnuchterend: personen wier rechtsverhouding zich in een louter interne context afspeelt, blijken niet altijd beter af te zijn dan personen wier rechtssituatie in *ipr*-context als onrechtvaardig aan de kaak wordt gesteld. Ook als moet worden vastgesteld dat voor de regeling in vreemd recht die men in *ipr*-context aanklaagt in het eigen, interne materiële recht een *equivalent* is te vinden, kan dit enigszins ontnuchteren. Als de kritiek op vreemd recht, dat slechts in geringe mate verschilt van het materiële recht van het forum, (al te) (scherp) ruim wordt geformuleerd, bestaat dan ook de kans dat met die kritiek, gewild of ongewild, tegelijk ook het materiële recht van het forum wordt (geviseerd) - en hieruit logischerwijze consequenties moeten getrokken voor het materieel recht. Ik wijs hierbij op twee opmerkelijke Belgische uitspraken op het terrein van de internationale adoptie en waarbij m.n. Nederlands adoptierecht discriminerend werd geacht.⁷⁹ De annotatrice maakt uit de - door haar overigens bekritiseerde - overwegingen van de rechter een gevolgtrekking voor het materiële Belgisch adoptierecht: «Een vreemde wet die strengere voorwaarden oplegt dan de Belgische, is daarom niet discriminerend. Dan zou ook de Belgische wet die de volle adoptie van meerderjarigen niet toestaat, een discriminatie inhouden.»

Soms is het ook zo dat in het interne materiële recht een equivalent bestaat voor de in het vreemde recht aangetroffen regel, maar dat het regime in het interne recht slechts bij wege van *keuzemogelijkheid* is ingevoerd, terwijl het in het vreemde recht het wettelijk stelsel uitmaakt.⁸⁰ Het is dan nog maar de vraag in hoeverre dit gegeven de regeling van beide rechtssystemen fundamenteel onvergelijkbaar maakt.⁸¹ Wat hier ook van zij: in zoverre men bereid is fun-

⁷⁹ Rb. Gent, 5 maart 1992, *R.W.* 1992-93, 1099 en Rb. Antwerpen, 25 maart 1997, *T. Not.* 1997, 538, noot K. LAMBEIN.

⁸⁰ Mij staat hierbij bv. de situatie voor ogen dat in het vreemde recht als wettelijk stelsel van huwelijksvermogensrecht het stelsel van scheiding van goederen is ingevoerd, terwijl dit stelsel in het interne materiële recht door rechtssubjecten kan worden *gekozen* in afwijking van het daarin bepaalde wettelijke stelsel. Welnu, ook voor rechtsverhoudingen die zich in een louter interne context afspelen blijkt dat, zelfs al hebben partijen zelf gekozen voor een bepaald stelsel van huwelijksvermogensrecht, zeer onoverzichtelijke situaties kunnen ontstaan en de rechter daarbij dikwijls nauwelijks bij machte is in te grijpen. Zie voor een rechtsvergelijkend overzicht A. VERBEKE, *Redelijkheid en billijkheid in het huwelijksvermogensrecht*, Antwerpen, Maklu, 1990. Zie ook recent voor de Nederlandse situatie P. ABAS, «De invloed van redelijkheid en billijkheid op de (afwikkeling van de) overeenkomst van huwelijkse voorwaarden», *W.P.N.R.* 1999, (6371), 681-688.

⁸¹ Men leze hieromtrent o.a. A. STILLE, «Enkele opmerkingen over de werking van mensenrechten en van de openbare orde in verband met het erfrechtverdrag», in *Het NIPR geannoteerd*, Den Haag, TMC Asser Instituut, 1996, (57), 62 m.b.t. de strijdigheid met het E.V.R.M. van Marokkaans erfrecht en/of Nederlands erfrecht: in Nederland kan men via wilskeuze komen tot eenzelfde resultaat als wat in het vreemde recht wettelijk is bepaald. Cfr. in deze context ook de discussie rond controle van een vreemde wet «*in abstracto*» dan wel «*in concreto*», m.a.w. de vraag of het in het vreemde recht gehuldigde en discriminatoir principe a priori moet worden veroordeeld dan wel of de vaststelling dat toepassing van de wet van het forum wet in *casu* tot eenzelfde resultaat had geleid, kan volstaan om toepassing van vreemd recht dat in wezen discriminatoir is, te steunen.

⁷⁷ Aanwending van de exceptie van internationale openbare orde ware in *casu* géén gepast procédé geweest, omdat het ging om de afweer van het recht van het forum. In wezen werd in het arrest een veto uitgesproken over de adequaatheid, voor het gegeven geval, van bepaalde regelingen in het eigen recht. Aan de exceptie van internationale openbare orde wordt die functie normaal niet toegeschreven. Cfr. I. JOPPE, *Overgangsrecht in het internationaal privaatrecht en het fait accompli*, Arnhem, Gouda Quint, 1987, alsook ERAUW, «Boekbespreking veto over de lex fori», *TPR* 1978, 990: «(...) een acceptabele norm kan, omgekeerd, niet tot iets onaanvaardbaars worden omgetoverd. De eigenlijke exceptie snijdt niet langs die kant, laat staan dat zij als dusdanig zou kunnen worden gebilateraliseerd», aldus ERAUW. «*Bovendien*», zo vervolgt ERAUW, «waarom zou de rechter anders bij interne gevallen ook niet de wet mogen afwimpelen?» (verder wijst ERAUW nog wel op de mogelijkheid om via het leerstuk van aanpassing een wet, eventueel de *lex fori*, naar andere rechtssystemen toe te plooiën; zo kan voor de rechter de mogelijkheid opengelaten worden «om onder locale anesthesie in de eigen wet te snijden »).

⁷⁸ H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, noot onder H.R., 10 december 1976, *A.A.* 1977, (195), 202-203.

damentele gelijkenissen te onderkennen tussen het effect van toepassing van rechtsregels in de vreemde en de eigen rechtsorde, kan *ipr* fungeren als blootleggingsmechanisme van pijnpunten in het materieel recht.

Het *ipr* kan overigens nog op een andere manier fungeren als blootleggingsmechanisme van pijnpunten in het materieel recht. Ter illustratie wijs ik op een commentaar die De Boer⁸² formuleerde naar aanleiding van het arrest van de Nederlandse Hoge Raad van 16 mei 1997 aangaande cessie. De Boer stelt hieromtrent: «(...) waarschijnlijk beïnvloed door de bezwaren die in de praktijk leven tegen het materiële Nederlandse recht, opent de Hoge Raad de mogelijkheid om daaraan via rechtskeuze te ontsnappen». Verder betoogt hij: «Hoewel ik begrip heb voor de eisen van de praktijk, vrees ik toch dat het *ipr* hier misbruikt wordt voor een oneigenlijk doel. De praktijk ondervindt immers niet primair hinder van het Nederlandse *ipr*, maar van het Nederlandse materiële recht (...) Als een wettelijk vereiste in de praktijk als hinderlijk wordt ervaren, moet het betreffende voorschrift worden geschrapt of gewijzigd, maar niet langs conflictenrechtelijke weg worden omzeild. Tegen toepassing van het vorderingsstatuut of het recht van de woonplaats van de cedent zou beduidend minder bezwaar bestaan, dunkt mij, als het interne Nederlandse recht meer tegemoetkwam aan de eisen van de (internationale) financieringspraktijk». Kortom, is de verwijzingsregel aldus geconstitueerd dat zelden of nooit het recht van het forum wordt toegepast, of laat men aan personen wier rechtsverhouding zich in een louter interne context afspeelt welhaast onbeperkt toe middels rechtskeuze vreemd materieel recht toepasselijk te maken, dan kan dit onder omstandigheden worden geïnterpreteerd als een teken dat het recht van het forum niet langer geschikt wordt geacht voor toepassing in het internationale geval en, wat meer is, zelfs niet voor toepassing in het interne geval. Ook als rechters veelvuldig kunstmatig toesturen naar toepassing van vreemd recht - bijvoorbeeld met de bedoeling een in dat vreemd recht bestaand verzachttingsmechanisme te kunnen toepassen dat in het recht van het forum niet voorhanden is - kan deze praktijk onder omstandigheden begrepen worden als een motie van wantrouwen ten aanzien van het recht van het forum.

Gaat men op zoek naar hanteerbare correctiemechanismen met betrekking tot ongewenst materieel recht, dan kan voor het vakgebied van het *ipr* een pioniersrol zijn weggelegd. *Ipr* is immers op verscheidene domeinen nog in grote mate rechtersrecht. Op het niveau van het *ipr* heerst bijgevolg een eerder ruime rechterlijke beslissingsvrijheid, die aan de rechter dikwijls meer mogelijkheden biedt dan die waarover hij in een louter interne context beschikt. Als dan de rechter in *ipr*-context reeds bepaalde oplossingsmechanismen hanteert, kan ook hier tot de conclusie worden gekomen dat het *ipr* een voorlopersfunctie vervult.

Hier past een opmerking met betrekking tot de aard van de interactie. Waar daadwerkelijk interactie plaatsvindt, ligt

het in de lijn der verwachtingen dat het proces van beïnvloeding enigszins verschillend zal verlopen naargelang het een interactie van *ipr* op materieel recht betreft dan wel de omgekeerde vorm van interactie.

Mede doordat op het niveau van het *ipr* aan de rechter een eerder ruime rechterlijke beslissingsvrijheid wordt toegekend, terwijl die vrijheid in het overeenkomstige domein van het interne recht niet altijd aanwezig is, komt het mij overigens voor dat de inwerking van intern recht op het *ipr* veelal op korte termijn door de rechter kan plaatsvinden, terwijl inwerking van *ipr* op intern recht veelal een proces van lange adem zal zijn, waarbij het aan de wetgever toekomt zich alert te tonen voor wijziging in regelgeving, regeltoepassing, jurisprudentiële en doctrinale tendensen in het *ipr* en hij de van daaruit te maken gevolgtrekkingen voor het materiële recht moet omsmeden tot wetgeving⁸³ - een rechter loopt in interne context immers steeds het gevaar zijn wetgever «te kijken te zetten»⁸⁴ als hij de in zijn rechtsorde geldende rechtsregels buiten toepassing laat.

2° *Oplossingsmechanismen in het ipr als gangmaker voor herziening van het materiële recht?*

In het hierboven reeds vermelde Rhodesië-arrest⁸⁵ maakte de Hoge Raad in de hem voorliggende casus, waarbij de verwijzingsregel leidde naar toepassing van het Nederlands wettelijk huwelijksvermogensrecht, gebruik van het Nederlands materieelrechtelijk begrip van de «redelijkheid en billijkheid»; de Hoge Raad meende op deze manier het resultaat van strikte navolging van de verwijzingsregel te mogen verzachten. In zijn conclusie bij dit arrest had de advocaat-generaal Strikwerda evenwel betoogd dat een oplossing op basis van de in het Nederlandse materiële recht tussen echtgenoten vigerende «redelijkheid en billijkheid» de spankracht van de redelijkheid en billijkheid in het materiële Nederlands huwelijksvermogensrecht zou overschatten en zou

⁸³ In zoverre althans het natuurlijke beïnvloedingsproces niet wordt verstoord door beleidspolitieke overwegingen, zoals die afkomstig uit het migratiebeleid. Recent nog illustreerde JESSURUN D'OLIVEIRA (H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Het migratierecht en zijn dynamiek: het artefact van het «schijnhuwelijk»*, Kluwer, Deventer, 1998) aan de hand van het rechtsinstituut van het huwelijk de omvorming van instituten onder impuls van het migratiebeleid, meer nog, de onderwerping van vakgebieden aan dat beleid. Vraag is uiteraard in welke mate een op die wijze ontstane verstoring van samenhang tussen *ipr* en materieel recht gerechtvaardigd is (zie ook *ibid.*, 56). Men leze in deze context eveneens E. VAN BLOKLAND, «Het culturele conflict. Afstammingsrecht versus vreemdelingenrecht», *Nemesis* 1998, 85-87.

⁸⁴ Dit in de bewoordingen van L. STRIKWERDA, «Interview», *A.A.* 1995, 555-561.

⁸⁵ Het reeds vermelde arrest van 19 maart 1993. Zie hieromtrent ook Th. M. DE BOER, noot onder H.R. 16 september 1994, *NJ* 1995, 169. Voorzover wordt aangenomen dat op basis van «redelijkheid en billijkheid» kan worden afgeweken van het normale verwijzingsresultaat, rijst uiteraard de vraag of de invulling van die redelijkheid en billijkheid naar normen van het forum, dan wel overeenkomstig de *lex causae* moet gebeuren. Zie hierover o.a. NIPR 1994, 90; H. ROELVINK, «Artikel 6: 2 B.W. en het Nederlandse IPR» in *Grensoverschrijdend privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1993, (219), 223 en L. STRIKWERDA, «Boekbespreking oratie Vlas», *Themis* 1993, 166.

⁸² Th. M. DE BOER, noot onder H.R. 16 mei 1997, *NJ* 1998, nr. 585. SCHOORDIJK (H. SCHOORDIJK, «De cessie in het internationaal privaatrecht. Een arrest met grote gevaren voor het interne kredietverkeer», *W.P.N.R.* 1999, (281), 284) leest de noot van DE BOER als of deze het vermoeden uitsprekt «dat de Hoge Raad de Nederlandse interne regeling als onwenselijk om zeep heeft willen helpen.»

miskennen dat de oorzaak van het probleem in de internationaliteit van het geval lag; de oplossing zou bijgevolg in het conflictenrecht, niet in het materieel recht moeten worden gezocht. Met Strikwerda wees ook Hensen⁸⁶ zodanig gebruik door de Hoge Raad van een materieelrechtelijk correctiemechanisme af. Maar op het vlak van *afleidingen voor het materiële recht* gaat Hensen in feite zeer ver: de auteur beschouwt de uitspraak van de Hoge Raad in het Rhodesia-arrest als een «not too insignificant signal to the legislature that it is now time to readjust the Dutch legal regime». Zodoende schrijft Hensen aan het *ipr* expliciet een signaalfunctie toe, meer bepaald *in casu* een signaal aan de Nederlandse wetgever om het Nederlandse interne huwelijksvermogensrecht te wijzigen.

C. Te verwachten moeilijkheden op *ipr*-niveau als rem op voorstellen tot wijziging van het interne materieel recht.

In een recente bijdrage mengde Boele-Woelki⁸⁷ zich met wat ik een «*ipr*-argument» zou noemen in de discussie rond de vraag in hoeverre in Nederland het huwelijk dient te wor-

den opengesteld aan personen van eenzelfde geslacht.⁸⁸ Zij onderzocht met name de implicaties van wijziging van het interne materiële recht op *ipr*-vlak. Haar besluit is dat dergelijke wijzigingen van het interne recht op *ipr*-vlak al te veel complicaties zouden meebrengen. Van daaruit keurt Boele-Woelki het idee van openstelling van het Nederlandse burgerlijk huwelijk aan paren van eenzelfde geslacht af, niet alleen voor die paren over wie een vreemde rechtsorde meent geldingspretentie te kunnen voorleggen, maar *zelfs* voor paren wier rechtsverhouding zich in een louter intern Nederlandse context afspeelt en voor wie eventueel nooit een vraag naar «internationale geldigheid» van hun rechtsverhouding zou rijzen. Hier blijkt hoe - al dan niet vermeende - complicaties op *ipr*-vlak als argumentatie kunnen worden aangedragen om voorstellen tot wijziging van materieel recht tegen te houden: de angst voor reacties van het buitenland en de vrees het krediet aldaar te verliezen, hebben een afremmend effect.

IV. CONCLUSIE: HET NIET-VRIJBLIJVEND KARAKTER VAN HET *IPR*

De in III.A. behandelde centrale vraagstellingen luiden in wezen als volgt: kan in de manier waarop in het *ipr* wordt gehandeld een argument worden gevonden hetzij tot invoering van intern rechtsppluralisme, hetzij tot liberalisering van materieel recht, of nog, van verder doorgedreven uitwerking van bepaalde evoluties in het materieel recht, rekening houdende met, allereerst, de naar voor geschoven legitimatie van het *ipr*, vervolgens, verwijten aangaande fraude en aantijgingen als zou het *ipr* een vorm van klassejustitie inhouden. De in III.B. geformuleerde bedenkingen draaien in wezen alle rond één kernvraag: in hoeverre legt toepassing van *ipr*-regels niet alleen pijnpunten bloot op *ipr*-niveau, maar ook in het materieel recht, en moeten de oplossingsmechanismen waaraan op *ipr*-vlak behoefte wordt gevoeld, ook worden gehanteerd voor het materiële recht? In III.C. sneed ik heel summier de problematiek aan van het mogelijk afremmend effect van *ipr*-overwegingen op wijzigingen in het interne recht. Maar daartegenover kwam in deze bijdrage in de eerste twee hoofdstukken naar voren hoe *ipr* een *voorlopersrol* kan vervullen ten aanzien van het interne materiële recht. *Ipr* is met andere woorden niet louter een verlengstuk van het interne materiële recht en hoeft niet altijd achterop te hinken op de evoluties van het materiële recht. De interactie tussen materieel recht en *ipr* kan ook anderszins plaatsvinden. Een *ipr*-codificatieproject - project dat momenteel zowel in België als in Nederland in de startblokken staat - is dan ook geen kwestie die enkel een handvol *ipr*-specialisten aanbelangt. *Ipr*, zo hoop ik in deze bijdrage te hebben aangetoond, is geen geïsoleerd vreemd weefsel in een rechtsorde, maar bezit het potentieel zelf aan de basis te liggen van evoluties in die rechtsorde of als katalysator van die evoluties te fungeren. Wie het handig weet aan te pakken en een logische redenering opbouwt, kan uit het *ipr* ar-

⁸⁶ HENSEN, Chr., «Matrimonial property relations and Dutch conflicts of laws» in *Comparability and evaluation*, Dordrecht, Nijhoff, 1994, (201), 210-211.

⁸⁷ K. BOELE-WOELKI, «De prijs van het homohuwelijk», *F.J.R.* 1999, 113. Zie daarentegen A. WILLEMS, «Het homohuwelijk: een te hoge prijs?», *F.J.R.* 1999, 217, waarin deze auteur in de betrokken materie het gelijkheidsbeginsel en het grondrecht om te huwen plaatst boven het risico van hinkende rechtsverhoudingen. Het argument van het bezwaar van creatie van hinkende rechtsverhoudingen blijft overigens ook in heel andere zin te worden aangegrepen: opmerkelijk is dat de Nederlandse Permanente Commissie precies de mogelijkheid dat personen die in Nederland verblijven, door een afschaffing van het verbod om met betrekking tot huwelijk en godsdienstige plechtigheden te doen plaatsvinden voordat dit huwelijk ten overstaan van de ambteenaar van de burgerlijke stand is voltrokken - zonder dat door die godsdienstige plechtigheid overigens naar Nederlandse normen een rechtsgeldig huwelijk zou kunnen totstandkomen - in het land van herkomst als gehuwd zouden worden beschouwd, als bezwaar naar voren schoof tegen dergelijke mogelijke wetwijziging. Zie E. LUCACS en D. VAN ITERSOM, «Advies over afschaffing verbod religieuze huwelijksplechtigheid voor het huwelijk (3 november 1992)», *Het Personeel Statuut* 1992, (21), 22: «(...)is het niet uitgesloten dat betrokken personen naar het recht van hun land van herkomst als gehuwd worden aangemerkt. Worden er vervolgens kinderen uit deze personen geboren, dan worden deze in het land van herkomst als wettig beschouwd en in Nederland als onwettig. Het wetsvoorstel kan, met andere woorden, het ontstaan van hinkende situaties in de hand werken.» Zie tenslotte nog recent ook FORDER, «Spiegelmatrimonial», *N.J.B.* 1999, 1559-1560 voor argumenten ontleend aan het *ipr* tegen de mogelijkheid van omzetting van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap. FORDER heeft het hierbij met name over de deugdelijkheid van de motieven van mensen voor keuze voor geregistreerd partnerschap dan wel huwelijk op *ipr*-vlak, en de vraag of het mede in dat licht verantwoord is de mogelijkheid van omzetting van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap, als bepaald in het Nederlandse recht, te behouden (mogelijke *ipr*-motieven op dit vlak worden door FORDER met wantrouwen bekeken. Meer bepaald vreest FORDER dat mensen bewust een hinkende rechtsverhouding zouden kunnen creëren: de *ipr*-motieven die FORDER voor ogen staan, zouden haars inziens al geenszins kunnen rechtvaardigen waarom het mogelijk zou moeten zijn een huwelijk om te zetten in een partnerschap).

⁸⁸ Het wetsvoorstel inzake openstelling van adoptie aan personen van hetzelfde geslacht (TK 1998-1999, 26 673) zal allicht niet in dezelfde mate dergelijke kritieken opwekken, omdat vooraf wordt gesteld dat het hierbij uitsluitend zou gaan om kinderen met gewone verblijfplaats in Nederland.

gumenten halen om dynamieken in het interne materiële recht teweege te brengen - of precies tegen te houden.

Besluit van dit alles? Vaak wordt beweerd dat een goede *ipr*-kennis van een rechtsstelsel slechts mogelijk is nadat men een gedegen kennis van het overeenkomstige interne materiële recht heeft ontwikkeld. Een dergelijke kennis van het materiële recht zou immers inzicht verschaffen in de ratio en werking van *ipr*-regels en zou het bovendien mogelijk maken in het *ipr* consequent te handelen ten aanzien van het materiële recht. Welnu, mijns inziens geldt ook het omgekeerde. Voor degene die het materiële recht van een rechtsorde analyseert, kan het zeer vruchtbaar zijn een gedegen

kennis van het overeenkomstige deelgebied van het *ipr* van die rechtsorde te ontwikkelen. Kennisname van *ipr*-ontwikkelingen kan immers zeer inspirerend zijn voor de ontwikkeling van het materiële recht, meer nog, soms dwingt inachtnaam van *ipr*-ontwikkelingen tot het trekken van consequenties voor de ontwikkeling van het materiële recht. *Ipr* kan dan ook niet vrijblijvend worden bedreven.

Dr. Veerle Van Den Eeckhout
Universitair docente internationaal privaatrecht
Universiteit Leiden

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

7 DECEMBER 1999

Voorzitter: de h. De Baets

Rapporteurs: de h. Arts en mevr. Delruelle

Advocaten: mrs. Herbosch en Van Hocht loco Charlier

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Belastingen – Registratierechten – Controleschatting – Jurisdictionele waarborgen

Doordat, in tegenstelling tot wat het geval is met een deskundigenonderzoek als geregeld in het Gerechtelijk Wetboek, de rechter geen enkele toetsing kan uitoefenen over de waardebeoordeling door de deskundigen in de procedure van controleschatting, bedoeld in de artikelen 189, 192, 197 en 199 van het Wetboek der Registratie-, Hypotheek- en Griffierechten, worden de artikelen 10 en 11 van de Grondwet geschonden.

Arrest nr. 132/99

Bij vonnis van 24 november 1998 heeft de Rechtbank van Eerste Aanleg te Mechelen de volgende prejudiciële vraag gesteld: «Schenden de artikelen 189, 192, 197 en 199 van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten de artikelen 10 en 11 van de Belgische Grondwet, gelezen in samenhang met art. 6 E.V.R.M., doordat zij de gelijkheid schenden tussen rechtsonderhorigen in zoverre de toepassing van de voormelde artikelen 189, 192, 197 en 199 van het Wetboek der Registratie-, Hypotheek- en Griffierechten ertoe leidt dat een rechterlijke uitspraak definitief bepaald wordt door het advies van (een) deskundige(n) en dat de rechtzoekenden betrokken in de procedures bedoeld in voormelde bepalingen niet beschikken over dezelfde rechten bij de inleiding en de behandeling van het geschil als andere rechtzoekenden, onder meer en in het bijzonder de onafhankelijkheid van de rechterlijke uitspraak en de dubbele aanleg?»

...

In rechte

...

B.1. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Mechelen ondervraagt het Hof over de bestaanbaarheid van de artt. 189, 192, 197 en 199 van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten met de artt. 10 en 11 van de Belgische Grondwet, gelezen in samenhang met art. 6 E.V.R.M., in zoverre de toepassing ervan «ertoe leidt dat een rechterlijke uitspraak definitief bepaald wordt door het advies van (een) deskundige(n) en dat de rechtzoekenden betrokken in de procedures bedoeld in voormelde bepalingen niet beschikken over dezelfde rechten bij de inleiding en de behandeling van het geschil als andere rechtzoekenden, onder meer en in het bijzonder de onafhankelijkheid van de rechterlijke uitspraak en de dubbele aanleg».

De vraag roept op tot een vergelijking tussen de situatie van belastingplichtigen wier goederen inzake registratierechten aan een controleschatting worden onderworpen en de situatie van personen die in het raam van de gemeenschappelijke rechtspleging worden geconfronteerd met een deskundigenonderzoek. In dit opzicht zijn de bedoelde categorieën van personen met elkaar vergelijkbaar, inzonderheid wat de beoordelingsbevoegdheid van de rechter ten aanzien van de expertise betreft.

B.2.1. Art. 44 van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten onderwerpt de verkopeningen, ruilingen en alle overeenkomsten onder bezwarende titel waarbij eigendom of gebruik van onroerende goederen wordt overgedragen, aan een registratierecht van 12,50 procent. Ten aanzien van verkopeningen wordt dat recht overeenkomstig art. 45 vereffend «op het bedrag van [de] bedongen prijs en lasten».

Art. 46 van hetzelfde Wetboek bepaalt: «Evenwel mag de belastbare grondslag in geen geval lager zijn dan de verkoopwaarde van de overgedragen onroerende goederen».

B.2.2. De in het geding zijnde bepalingen maken deel uit van titel I (registratierechten), hoofdstuk X (bewijsmiddelen), afdeling II (controleschatting) van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten, dat werd ingevoerd bij het K.B. nr. 64 van 30 november 1939, bekrachtigd bij de wet van 16 juni 1947.

Art. 189 van het voormelde Wetboek biedt aan de ontvanger der registratie de mogelijkheid om in voorkomend geval – naast de bewijsmogelijkheden bedoeld in art. 185 van dat Wetboek – tot de controleschatting te doen overgaan om de verkoopwaarde van het betrokken goed te laten bepalen door één of drie deskundigen teneinde de ontoereikendheid van de uitgedrukte prijs of van de aangegeven waarde aan te tonen. De artikelen 190 tot 200 regelen alle modaliteiten van die controleschatting.

Art. 189 geldt zowel bij gedwongen – zoals te dezen – als bij vrijwillige openbare verkopen (Cass. 17 december 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 512; *Pas.* 1988, I, 476; Cass. 24 maart 1994, *Arr.Cass.* 1993-94, 306-307; *Pas.* 1994, I, 305).

In het vonnis dat tot de verwijzing besluit, verklaart de Rechtbank van Eerste Aanleg te Mechelen uit te gaan van het standpunt dat door het Hof van Cassatie (bij arrest van 7 september 1995 in onderhavige zaak tussen dezelfde partijen) werd ingenomen, volgens welk «[...] het bestuur het discretionaire recht heeft om de voormelde schatting te vorderen wanneer het vermoedt dat de uitgedrukte prijs lager is dan de marktwaarde; dat de vrederechter bij wie de vordering tot het verrichten van een schatting wordt ingesteld, niet mag oordelen of de aanwijzingen waarop de vermoedens van het bestuur gebaseerd zijn, al dan niet ernstig genoeg zijn om een schatting te vorderen» (Cass. 7 september 1995, *Arr.Cass.* 1995, 751; *Pas.* 1995, I, 778; zie reeds analoog Cass. 30 mei 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 969; *Pas.* 1991, I, 853).

B.2.3. De rol van de rechter in het stelsel van de controleschatting inzake de registratierechten is beperkt tot het aanwijzen, bij ontstentenis van een desbetreffend akkoord, van één of drie deskundigen (art. 192), het beoordelen van eventuele verzoeken tot wraking van de aldus aangewezen deskundige(n) (art. 194) en het beslechten van vorderingen tot vernietiging van de schatting «wegens overtreding van de wet, wegens stoffelijke vergissing of wegens schending van de substantiële vormen». In geval van vernietiging op een van de voormelde gronden wordt door de rechtbank een nieuwe schatting bevolen (art. 199).

De partijen worden door de deskundige(n) gehoord en de bescheiden die aan de deskundigen ter inzage worden gegeven, moeten tevens aan de andere partij worden bezorgd (art. 195). De deskundigen brengen hun advies uit «op beredeneerde wijze en met bewijsgronden tot staving, zonder enige beperking noch voorbehoud» (art. 196, tweede lid). De rechter kan de waardebepaling van de deskundige(n) niet beoordelen. Buiten de in de wet opgesomde gronden tot nietigverklaring van de schatting zijn de werkzaamheden van de deskundige(n) niet voor betwisting vatbaar en tegen de beslissing van de deskundige(n) is geen hoger beroep mogelijk (art. 199).

B.3. In het gemeenrechtelijke stelsel van het Gerechtelijk Wetboek (art. 962 e.v.) kan een partij de vraag naar de opportuniteit van de expertise laten beslechten door de rechter.

Het Gerechtelijk Wetboek regelt de wraking en vervanging van de deskundigen (art. 966 tot 970 en 977) en de tegenspraak van de verrichtingen (art. 972 e.v.). Na afloop van de verrichtingen geven de deskundigen kennis van hun bevindingen aan de partijen, wier opmerkingen zij aantekenen (art. 978).

Art. 973 bepaalt uitdrukkelijk dat de deskundigen hun opdracht vervullen «onder toezicht van de rechter». Indien de

rechter in het verslag geen voldoende opheldering vindt, kan hij een aanvullend onderzoek of een nieuw onderzoek bevelen (art. 987).

Art. 986 Ger.W. luidt: «De rechters zijn niet verplicht het advies van de deskundigen te volgen, indien het strijdig is met hun overtuiging».

B.4. Met de controleschatting wordt een correcte vaststelling van de belastbare grondslag van de registratierechten bij de verkoop van onroerende goederen beoogd.

Het gegeven dat daarbij wordt afgeweken van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek inzake het deskundig onderzoek houdt op zichzelf nog geen miskenning van de regels van gelijkheid en niet-discriminatie in.

B.5. De controleschatting is niet enkel bedoeld om belastingontduiking tegen te gaan («Onverminderd de toepassing van de bepalingen betreffende het bewimpelen van prijs» – art. 189), maar om, in de gevallen waarin de uitgedrukte prijs of de aangegeven waarde ontoereikend zouden lijken, te waarborgen dat overeenkomstig het hiervoor geciteerde art. 46 wordt uitgegaan van de werkelijke verkoopwaarde van de overgedragen onroerende goederen als minimale belastbare grondslag.

Rekening houdende met die doelstelling en met de aard van de belastbare grondslag – die niet vooraf bepaalbaar is, want afhankelijk van de schommelingen in vraag en aanbod in de immobiële sector – is het redelijkerwijze verantwoord dat de fiscale administratie – naast de gemeenrechtelijke bewijsmiddelen waarover zij beschikt – een controleschatting kan vorderen teneinde de ontoereikendheid van de uitgedrukte prijs of de aangegeven waarde te doen blijken en daartoe de aanstelling, door de rechter, van één of drie deskundigen, kan vragen.

Het is niet kennelijk onredelijk dat de opportuniteit van de vordering tot controleschatting – in tegenstelling tot wat in de regel het geval is bij een gemeenrechtelijke vordering tot een deskundigenonderzoek – niet aan de beoordeling van de rechter staat, en dat de schatting kan worden gevorderd, zelfs wanneer het een gedwongen openbare verkoop betreft: de administratie dient immers ook in dat geval de inachtneming van het hiervoor geciteerde art. 46 te waarborgen en het kan worden aangenomen dat de noodzaak om tot een verkoop over te gaan kan leiden tot een overdracht tegen een prijs die lager is dan de werkelijke verkoopwaarde van het goed.

Hieruit volgt dat de art. 189 en 192 van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten – op zichzelf genomen en los van het gezag dat in de navolgende artikelen aan het optreden van de deskundige(n) wordt verleend – niet in strijd zijn met het beginsel van de gelijkheid en de niet-discriminatie vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

B.6.1. Het Hof stelt vast dat de controleschatting bepaald is voor het al dan niet verschuldigd zijn, niet alleen van een bijkomend registratierecht en van nalatigheidsinteressen, maar bovendien, wanneer het vastgestelde tekort gelijk is aan of hoger is dan het achtste van de opgegeven prijs of van de aangegeven waarde, van een boete gelijk aan het bedrag van de ontdoken rechten, alsook van de kosten van de procedure, ook al is er van prijsbewimpeling of veinzing geen sprake (art. 200, 201 en 203 van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten).

B.6.2. Uit de in het geding zijnde art. 197 en 199 blijkt dat de bevindingen van de deskundige(n) niet ter discussie kunnen worden gesteld en dat de rechter de waardebeoordeling van de deskundigen niet kan herzien. Hij kan enkel nog een nieuwe schatting bevelen indien hij vaststelt dat de wet werd overtreden, dat een materiële vergissing werd begaan of dat een substantieel vormvoorschrift werd miskend.

B.6.3. Doordat, in tegenstelling tot wat het geval is met een deskundigenonderzoek als geregeld in het Gerechtelijk Wetboek, de rechter geen enkele toetsing kan uitoefenen over de waardebeoordeling door de deskundigen in de procedure bedoeld in art. 189, 192, 197 en 199 van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten, worden bijgevolg de artikelen 10 en 11 van de Grondwet geschonden.

Het feit dat de controleschatting beoogt de belangen van de Schatkist te vrijwaren, is geen voldoende verantwoording om in een dergelijke van het gemene recht afwijkende behandeling te voorzien.

B.6.4. Er is geen aanleiding om bovendien te onderzoeken of, zoals in de prejudiciële vraag is voorgesteld, er al dan niet een schending is van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, gelezen in samenhang met art. 6 E.V.R.M. en daarbij uit te maken of de bepalingen van dat verdragsartikel te dezen wel van toepassing zijn.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 31 MEI 1999

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Waûters

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaten: mrs. Bützler en De Gryse

Arbeidsongeval – Weg van of naar het werk – Normaal traject – Omweg – Belangrijkheid – Gelijkgesteld traject – Kind ophalen van kinderopvangplaats

Het traject van de weg van of naar het werk blijft normaal indien een gemaakte omweg onbeduidend is, indien hij weinig belangrijk is en verantwoord door een wettige reden, of als hij aan overmacht is te wijten indien hij belangrijk is.

Deze omwegregel moet worden toegepast op de omweg die de getroffene maakt om na zijn werk zijn echtgenote op haar arbeidsplaats te bezoeken, ook indien hij vervolgens nog een omweg maakt om zijn kind op te halen in de kinderopvangplaats.

N.V. W. t/ L.

Gelet op het bestreden arrest, op 25 mei 1998 gewezen door het Arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt;
Over het middel,...

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat naar luid van art. 8, § 1, tweede lid, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, onder de weg

naar en van het werk wordt verstaan het normale traject dat de werknemer moet afleggen om zich van zijn verblijfplaats te begeven naar de plaats waar hij werkt en omgekeerd;

Dat krachtens art. 8, § 1, tweede lid, 2°, van die wet het bedoelde traject normaal blijft indien de werknemer de nodige en redelijkerwijze te verantwoorden omwegen maakt met het oog op het wegbrengen of ophalen van de kinderen naar of aan de kinderopvangplaats of de school;

Dat dit traject normaal blijft, in de zin van dit artikel, indien de omweg onbeduidend is, indien hij weinig belangrijk is en te verantwoorden door een wettige reden, of indien hij wel belangrijk maar aan overmacht te wijten is;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat 1) het aannemelijk is dat het slachtoffer pas om 16.00 uur het werk heeft verlaten en dat wel kan worden aanvaard dat dit niet kan gebeurd zijn na 16.15 uur; 2) het slachtoffer eerst zijn echtgenote heeft bezocht op haar arbeidsplaats, waar deze een nieuwe arbeidstaak had, waardoor het onmogelijk was het einde van die taak in te schatten met het oog op het ophalen van hun kind; 3) wegens de particuliere werkomstandigheden van zijn echtgenote op de speelplaats en haar verantwoordelijkheid in dit verband, de aanwezigheid van het slachtoffer bij zijn echtgenote wel enige tijd zal in beslag genomen hebben;

Dat het arrest op grond daarvan oordeelt dat de omweg die het slachtoffer maakte om zijn kind op te halen, in de tijd gewettigd was;

Overwegende dat het arrest dat aldus oordeelt dat «de omweg in de tijd» gewettigd was, zonder vast te stellen dat die belangrijk dan wel weinig belangrijk was, art. 8, § 1, tweede lid, van de Arbeidsongevallenwet schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 2 JUNI 1999

Voorzitter: de h. Ghislain

Rapporteur: de h. Close

Openbaar ministerie: de h. Loop

Advocaten: mrs. Swennen, Rousseau en Nève

Straf – Ontzetting – Beroepsverbod – K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934, als gewijzigd door de wet van 2 juni 1998 – Rechtskarakter – Bijkomende straf – Werking in de tijd

Het beroepsverbod dat krachtens art. 1 van het K.B. nr. 22, als gewijzigd door de wet van 2 juni 1998, door de rechter voor een door hem bepaalde duur wordt opgelegd aan een veroordeelde wegens een in dit K.B. opgesomd misdrijf, is een bijkomende straf. Het kan bijgevolg niet worden toegepast op feiten die dagtekenen van vóór de inwerkingtreding van de wet van 2 juni 1998.

C., V. en M. t/ M., S. en M.

Gelet op het bestreden arrest, op 13 januari 1999 gewezen door het Hof van Beroep te Luik;

...

Over het ambtshalve middel: schending van art. 2 Sw.:

Overwegende dat het arrest, op de gronden, die sub III staan aangegeven in het antwoord op hetzelfde middel van de eiser C.M., eiseres in strijd met de wet veroordeelt tot «de ontzetting gedurende tien jaar, bedoeld in art. 1 van het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934, gewijzigd bij art. 3 van de wet van 2 juni 1998 (...);

En overwegende voor het overige dat de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen in acht zijn genomen en de beslissing overeenkomstig de wet is geweest;

...

III. Op de voorziening van C. M.:

Overwegende dat krachtens art. 1 van het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934, gewijzigd bij art. 3 van de wet van 2 juni 1998, de rechter het recht heeft om de veroordeling wegens een van de in de wet opgesomde misdrijven gepaard te laten gaan met de ontzetting van het recht om bepaalde functies, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen;

Overwegende dat die ontzetting niet meer van rechtswege is verbonden aan de veroordeling, maar door de rechter moet worden opgelegd voor de duur die hij bepaalt en een bijkomende straf is;

Overwegende dat luidens art. 2, eerste lid, Sw. geen misdrijf kan worden gestraft met straffen die bij de wet niet waren gesteld voordat het misdrijf werd gepleegd;

Overwegende derhalve dat de rechters niet zonder die regel te schenden, de bij de wet van 2 juni 1998 bepaalde straf hebben kunnen toepassen op feiten die dagtekenen van vóór de inwerkingtreding ervan;

Dat het middel gegrond is;

...

NOOT – *Het rechtskarakter van het beroepsverbod opgelegd krachtens het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934, als gewijzigd door de wet van 2 juni 1998*

1. Het geannoteerde cassatiearrest heeft betrekking op het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934 betreffende het rechterlijk verbod aan bepaalde veroordeelden en gefailleerden om bepaalde ambten, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen. K.B. nr. 22 stelt m.a.w. een beroepsverbod in voor bepaalde veroordeelden en gefailleerden.

2. In de oude versie van K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934 waarbij aan bepaalde veroordeelden en aan de gefailleerden verbod wordt opgelegd bepaalde ambten, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen en waarbij aan de rechtbanken van koophandel de bevoegdheid wordt toegekend dergelijk verbod uit te spreken (B.S., 27 oktober 1934, herhaaldelijk gewijzigd, o.m. door de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, B.S., 17 augustus 1978) werd het beroepsverbod over het algemeen van rechtswege, automatisch gekoppeld aan de faillietverklaring of aan de strafrechtelijke veroordeling tot de in het K.B. opgesomde misdrijven. Het beroepsverbod had eveneens een definitief karakter. Het was aan geen termijn gebonden en gold voor het leven.

Het K.B. nr. 22 werd recent ingrijpend gewijzigd door een wet van 2 juni 1998 (B.S., 22 oktober 1998), in werking getreden op 1 september 1998. Een van de kernpunten van deze wijzigingen is dat het beroepsverbod voortaan slechts kan worden opgelegd dan na een specifieke rechterlijke tussenkomst en voor een beperkte periode (die krachtens de

wet minimum drie jaar en maximum tien jaar bedraagt) (voor een omstandige, meer genuanceerde en kritische bespreking van K.B. nr. 22, in zijn historische context en in relatie tot de beroepsverboden in andere wetteksten, zie onze bijdrage «Het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934, anno 1999: recente (r)evoluties in het beroepsverbod voor gefailleerden en bepaalde veroordeelden», R.W., 1999-2000, 169-188). Na een faillissement of een bepaalde strafrechtelijke veroordeling gaat de rechter na of een beroepsverbod verantwoord is en, zo ja, voor welke termijn. De botte bijl van het automatische en definitieve beroepsverbod, wat trouwens door het Arbitragehof reeds strijdig werd bevonden met het gelijkheidsbeginsel (Arbitragehof nr. 57/98, 27 mei 1998, R.W., 1998-99, 743, J.T., 1998, 571, T.B.P., 1998, 680, Rev. Dr. Pén., 1998, 923, Soc.Kron., 1998, 371; Arbitragehof nr. 87/98, 15 juli 1998, B.S., 21 augustus 1998), werd aldus afgevoerd.

3. Traditioneel werd het beroepsverbod gekwalificeerd, niet als een straf of strafmaatregel, maar als een beveiligingsmaatregel ter bescherming van derden (verslag aan de Koning, *Pasin.* 1934, 382; Cass., 13 juli 1936, *Pas.* 1936, I, 351; Cass., 19 februari 1940, *Pas.* 1940, I, 56, R.C.J.B., 1948, 294, met noot P. De Harven, *Rev. Prat. Soc.* 1948, nr. 4.004, p. 110; voor een recente toepassing zie Luik, 14 juni 1994, *J.L.M.B.* 1995, 354; J. Goedseels, «Nature et portée de l'interdiction pour certains condamnés et pour les faillies de participer à l'administration et à la surveillance de certaines sociétés et d'exercer la profession d'agent de change ou l'activité de banque de dépôts», *Rev. Prat. Soc.* 1948, 137-142). Dit kon ook moeilijk anders, aangezien het automatische en definitieve karakter ervan niet verzoenbaar lijkt met de basisregel uit het strafrecht dat straffen slechts door de rechter kunnen worden opgelegd en individueel worden toegemeten volgens de schuldkenmerken eigen aan de veroordeelde en de ernst van de gepleegde feiten.

Nu het beroepsverbod echter na een contradictoir debat door de rechter bij vonnis wordt opgelegd voor een bepaalde termijn, rijst de vraag of het niet dient te worden gekwalificeerd als een (bijkomende) straf (voor een uitvoeriger bespreking van deze kwalificatievraag, zie onze eerder geciteerde bijdrage, nrs. 83-85). Op dit punt neemt het geannoteerde cassatiearrest ondubbelzinnig standpunt in. Het beroepsverbod «nieuwe stijl» dat door de rechter voor een in het vonnis bepaalde periode wordt opgelegd, is niet langer een beveiligingsmaatregel, maar een bijkomende straf.

4. Deze herkwalificatie heeft een aantal belangrijke consequenties, waarvan één reeds door het arrest wordt aangegeven. Het overgangsrecht naar aanleiding van de wijziging van het K.B. nr. 22 door de wet van 2 juni 1998 is totaal verschillend naargelang van de gehanteerde kwalificatie voor wat de personen betreft die een misdrijf hebben gepleegd vóór de inwerkingtreding van het nieuwe K.B. nr. 22, zijnde 1 september 1998, maar van wie de veroordeling op die datum nog niet definitief is uitgesproken.

Als beveiligingsmaatregel zou het nieuwe beroepsverbod onmiddellijk van toepassing zijn geweest voor nog op te leggen maatregelen, ongeacht de datum van de feiten waarop zij betrekking hebben (vergelijk het jurisprudentieel overgangsrecht voor andere beveiligingsmaatregelen: o.a. Cass., 21 juni 1965, *Pas.* 1965, I, 1449 en R.D.P. 1965-66, 351, met noot P. Trousse; Cass., 18 december 1967, *Pas.* 1968, I, 534; Cass., 17 februari 1969, *Pas.* 1969, I, 546). Na de geanno-

teerde uitspraak van het Hof van Cassatie moet echter duidelijk zijn dat aan deze personen geen beroepsverbod kan worden opgelegd. Ten tijde van het misdrijf bestond deze bijkomende straf immers niet. Het verbod van retroactiviteit van de (zwaardere) strafwet in art. 2 Sw. verhindert dat een misdrijf wordt bestraft met straffen die niet bij wet waren bepaald vóór dat het misdrijf werd gepleegd.

5. De herkwalificatie tot (bijkomende) straf heeft nog een aantal andere gevolgen die het arrest niet expliciet behandelt.

De kwijtschelding of vermindering van een straf door een genademaatregel kan enkel betrekking hebben op straffen en dus niet op beveiligingsmaatregelen. Bovendien raakt zij enkel de uitvoerbaarheid van de straf voor de toekomst en laat zij de veroordeling zelf bestaan. Het aan een straf gekoppeld beroepsverbod blijft dan ook in principe onaangetaast door het genadebesluit, indien men het beschouwt als een beveiligingsmaatregel (L. De Wilde, «Het vernieuwde K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934 (wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering)», *R.W.*, 1978-79, (929), p. 933, nr. 4; J. Lievens, «Het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934, zoals gewijzigd door de anti-crisiswet van 4 augustus 1978», *B.R.H.*, 1979, (29), p. 32-33, nr. 11). Ingevolge het geannoteerde cassatiearrest komt het beroepsverbod voortaan evenwel in aanmerking voor een genademaatregel.

Vervolgens zal de strafrechter zijn interpretatiemarge bij de beoordeling van de wenselijkheid en de duur van het verbod niet langer invullen volgens het gepercipieerde gevaar voor derden, *in casu* de (economische) samenleving. Dit oordeel zal afhangen van de individuele schuldkenmerken eigen aan de veroordeelde en van de ernst van de feiten die het misdrijf uitmaken.

Ten slotte zal art. 34 Sw. van toepassing worden. Dit betekent dat, terwijl de ontzetting onmiddellijk effect sorteert zodra de uitspraak onherroepelijk is geworden, de termijn van de ontzetting pas begint te lopen van de dag waarop de veroordeelde zijn (hoofd)straf heeft ondergaan of op het ogenblik dat zijn straf is verjaard.

6. Bij wijze van afsluiting dient te worden beklemtoond dat de kwalificatie als bijkomende straf enkel kan gelden voor een beroepsverbod dat wordt opgelegd ex art. 1 of *1bis* K.B. nr. 22, in het raam van een veroordeling tot een daar vermeld misdrijf. Dit geldt uiteraard niet voor art. 3 en *3bis* K.B. nr. 22, waarin het beroepsverbod aan een gefailleerde wordt opgelegd door de rechtbank van koophandel in het raam van een burgerlijke procedure waarin elke veroordeling tot een (hoofd)straf achterwege blijft. Tot nader order betreft het hier nog steeds beveiligingsmaatregelen ter bescherming van de economische samenleving.

Geert Schoorens

Substituut-procureur des Konings te Leuven

en Bart Windey

Assistent Handels- en verzekeringsrecht K.U. Leuven

Advocaat aan de balie te Tongeren.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 7 JANUARI 2000

Voorzitter-rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar-ministerie: de h. De Riemaeker

Advocaten: mrs. Gérard en Verbist

Mededingingsrecht – Toegelaten mededingingsbeperkende gedraging – Toetsing aan de eerlijke gebruiken in handelszaken – Voorwaarde

Een gedraging van een onderneming die de mededinging beperkt, maar die is toegelaten uit het oogpunt van zowel het Europese mededingingsrecht als van de Belgische wet op de mededinging, kan niet worden verboden op grond van de verplichting de eerlijke gebruiken in handelszaken na te leven wanneer de beweerde miskennis van die eerlijke gebruiken er in wezen uitsluitend in bestaat de mededinging tussen afnemers te beperken.

C.V. M. en N.V. E. t/ N.V. L.M.

Conclusie van de advocaat-generaal X. De Riemaeker

1. Het bestreden arrest kadert in een vordering tot staking van handelspraktijken die door de verweersters is ingesteld. Zij willen dat de weigering van de eerste eiseres om haar producten aan de verweersters te verkopen strijdig wordt verklaard met art. 93 Handelspraktijkenwet.

De feiten van de zaak kunnen als volgt worden samengevat. De onderneming M., groothandel in farmaceutische producten, verkoopt haar producten aan apotheken die tot haar groep behoren en ook aan verkooppunten van de N.V. E. Die laatste groep verkoopt niet uitsluitend farmaceutische producten. Tot de verkochte farmaceutische producten behoren de producten van het merk «L. W.». De N.V. «L. W.» had met de apothekers een overeenkomst van onbepaalde duur gesloten waarin de selectieve distributie van haar producten werd geregeld. In juni 1996 beëindigt de N.V. «L. W.» die overeenkomst en stelt hen voor die overeenkomst te vervangen door een franchiseovereenkomst. De C.V. M. weigert dat voorstel, omdat de franchiseovereenkomst niet in overeenstemming is met de Europese normen, en vraagt, samen met de N.V. E., om verder het product W. te mogen verkopen. De N.V. «L. W.» wijst dat voorstel af.

2. Het middel van de voorziening werpt een interessante vraag op voor het Hof, namelijk: de weerslag van de Wet Economische Mededinging (W.E.M.) (artt. 2 en 3) – of op Europees vlak het EEG-Verdrag (artt. 85 en 86) – op de Handelspraktijkenwet.

...

6. In het tweede middel voeren de eiseressen de schending aan van de artt. 1382 en 1383 B.W., van de artt. 85 en 86 EEG-Verdrag, en 2 en 3 W.E.M. Het betreft de beslissing waarin de appelrechter oordeelt dat, als de W.E.M. mededingingsbeperkende maatregelen gedooft, die maatregelen niet meer mogen worden verboden via de regel van eerlijke handelspraktijken. Daarentegen blijft de weigering om met een bepaalde klant handelsbetrekkingen aan te knopen onregelmatig. Zij kan aanleiding geven tot een vordering tot staking als zij een misbruik van recht oplevert.

Volgens de eiseressen sluit de omstandigheid dat de bepalingen die mededingingsbeperkende maatregelen verbieden niet van toepassing zijn, geenszins uit dat een verkoopsweigering een overtreding van de artt. 1382 en 1383 B.W. en 93 en 94 W.E.M. uitmaakt.

Het onderzoek van dat middel noopt het Hof ertoe zich vooraf uit te spreken over de, in rechtsleer en rechtspraak¹ zeer omstreden, vraag of de nationale bepalingen (die dezelfde zijn als de Europese bepalingen) de mededingingsbeperkingen verbieden, al dan niet de toepassing beperken van de regelen inzake eerlijke handelspraktijken. Voor zover ik weet is die vraag nooit aan het Hof voorgelegd.

In rechtsleer en rechtspraak staan twee stellingen tegenover elkaar.

Volgens de eerste stelling heeft de W.E.M. een beperkende invloed op de Handelspraktijkenwet. Zij stelt dat de eerlijke praktijken in handelszaken beperkt moeten worden, onder verwijzing naar de hogere regelen van de W.E.M., die meer algemeen een daadwerkelijk mededingingsvermogen willen waarborgen. In dat geval kunnen mededingingsgedragingen die door de W.E.M. niet zijn verboden, niet geacht worden in strijd te zijn met de algemene norm van oneerlijke mededinging zoals die uit de artt. 93 en 94 Handelspraktijkenwet voortvloeit.²

De tweede stelling verworpt de idee dat een wet voorrang kan hebben op een andere en oordeelt dat de maatregelen die de mededinging beperken en die door de W.E.M. niet zijn verboden, toch een gebruik kunnen uitmaken dat strijdig is met de eerlijke handelspraktijken, met name gelet op het algemeen karakter van de gedragsnorm die in de artt. 93 en 94 Handelspraktijkenwet wordt opgelegd.³

7. Alvorens die twee stellingen te bespreken, dient eerst te worden onderzocht wat de W.E.M. en de Handelspraktijkenwet beogen.

¹ Voor een overzicht van het probleem en van de verwijzingen naar de rechtspraak, met als enige stellingname dat het te betreffen valt dat de wetgever die zaak niet uitdrukkelijk heeft geregeld, zie: VAN BUNNEN L., «Le traitement jurisprudentiel du refus de vendre. Etat de la question» (noot onder Cass., 24 september 1992), *R.C.J.B.*, 1995, 10; VANDENBORRE I. «De verhouding tussen de eerlijke handelsgebruiken en de W.E.M.», *Jura Falconis*, 1997-98, 81.

² DE BAUW H. «Onrechtmatige mededinging en vrije concurrentie. Over wisselwerking tussen de wet handelspraktijken en de wet economische mededinging», *T.B.H.*, 1992, 682-699; STEENLANT J. «De nieuwe wet tot bescherming van de economische mededinging», *T.P.R.*, 1992, 337; VANDERMEERSCH D. *De mededingingswet*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 19-22; GARZANITI L. en VANDERMEERSCH D. «L'effet limitatif du droit de la concurrence sur le droit de la concurrence déloyale: état de la question», *T.B.H.*, 1997, 4-10.

³ DE CALUWE A., «La norme générale de conformité aux usages honnêtes est-elle principale ou résiduelle? Est-elle subordonnée à la loi du 5 août 1993?», *Pratiques du commerce - formation permanente*, CUP, vol XVI, april 1997, 104-120; DE VROEDE P. «De stakingsrechter en de Belgische mededingingswet» *R.W.*, 1995-96, 137-145; DESSARD en FRANQ «L'application par les juridictions ordinaires» in *Bescherming van de economische mededinging*, Brugge, Die Keure, 1993, 161. Zie ook STUYCK J., BUELENS I. en COUNYE D. «Verkoopsweigering en eerlijke handelsgebruiken», *T.B.H.*, 1995, 788-804. Die auteurs zijn meer genuanceerd en erkennen een gedeeltelijk beperkende werking van de W.E.M., met als enig voorbehoud het bestaan van misbruik van recht, waardoor de toepassing van de artt. 93 en 94 Wet Handelsgebruiken verantwoord zou zijn.

De W.E.M. van 5 augustus 1991, die de wet van 27 mei 1960 houdende bescherming tegen de economische misbruiken heeft opgeheven, welke wet slechts een uiterst beperkte rol heeft gespeeld, heeft in het nationaal recht bepalingen ingevoerd die zeer sterk door het Europese recht zijn beïnvloed.

Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 5 augustus 1991 blijkt dat de wetgever in de eerste plaats de daadwerkelijke mededinging tussen de economische agenten die in België op een bepaalde markt actief zijn, heeft willen vrijwaren en bevorderen.

Daartoe heeft de wet een regeling willen invoeren waarin, in de mate van het mogelijke, alle beperkingen worden opgeheven die de ondernemingen aan een daadwerkelijke mededinging hebben gesteld, dat wil zeggen het invoeren van de nodige graad van mededinging om aan de grondvereisten te voldoen en het dubbele doel van de wet te bereiken: enerzijds, het recht waarborgen van de individuele onderneming om actief te zijn op de door haar gekozen markt binnen klaar en duidelijk afgelijnde grenzen, en anderzijds, het scheppen van een kader waarin ondernemingen en privépersonen kunnen genieten van de weldoende invloeden van de mededinging op de prijs en de kwaliteit van de producten.⁴ In de toelichting wordt ook verduidelijkt dat bij het onderzoek van de zaak in de Raad voor mededinging, rekening zal worden gehouden met de betrokken markt in haar geheel en dat het algemeen economisch belang het individuele belang moet overstijgen.⁵

De W.E.M. wil dus hoofdzakelijk het algemeen belang beschermen, zijnde het algemeen economisch belang van het land, uitgaande van het concept van «vrije» mededinging.

Dat standpunt vergt echter enige nuancering. Het toepassen van de W.E.M. zal immers vaak het gevolg zijn van een klacht van een of meer economische actoren die beweren geschaad te zijn door een maatregel die de mededinging beperkt. In dat geval wordt om toepassing van de W.E.M. gevraagd om louter privé-belangen te beschermen. Zoals Garzaniti en Vandermeersch terecht doen opmerken, wordt in dat geval het privé-belang enkel gediend voor zover dat in het belang van het algemeen is.⁶

De wetsgeschiedenis van de wet van 14 juli 1971, die leidde tot de Handelspraktijkenwet van 14 juli 1991, toont aan dat de wetgever aanvankelijk een allesomvattende economische reglementering had gepland. Het oorspronkelijke ontwerp beoogde immers niet alleen een hervorming van het K.B. van 23 december 1934, maar ook een aanpassing van de prijsreglementering, zoals die was vastgesteld in het K.B. van 22 januari 1945 en de uitvoeringsbesluiten. De wetgever plande toen evenwel alleen een soort autoritaire tussenkomst met strafsancities. De rechtsvordering tot staking is ontstaan ten gevolge van de scheiding van de prijswetgeving en de wetgeving op de handelspraktijken.⁷

Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever twee zaken beoogde: ten eerste: een «loyale», «eerlijke» mededinging verzekeren tussen marktdeelnemers («ver-

⁴ *Parl. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1282/1, p. 5.

⁵ *Parl. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1282/1, p. 34.

⁶ GARZANITI L. en VANDERMEERSCH D., *o.c.*, 5.

⁷ Voor een grondig onderzoek van de oorsprong van de Wet Handelspraktijken zie: DE CALUWE A., *o.c.*, 107-120.

kopers») en ten tweede: adequate voorlichting en bescherming bieden aan de consument.⁸

Die wetgeving is dus meer gericht op de bescherming van een «verkoper», in de zin van die wet, die schade lijdt ten gevolge van het oneerlijke handelen van zijn concurrent, dan op de bescherming van het spel van de mededinging op een bepaalde markt in haar geheel. Ongeacht evenwel de in de W.E.M. uitdrukkelijk omschreven en verboden handelingen, leidt ook de omschrijving in de rechtspraak van de gebruiken die strijdig zijn met de eerlijke handelsgebruiken, tot het vastleggen van normen die op alle economische actoren kunnen worden toegepast en aldus het algemeen belang betreffen (misbruik van recht, oogmerk te schaden, verdoken of onbestaande criteria, overhaast en willekeurig optreden, enz.).

Dat in het raam van de Handelspraktijkenwet rekening wordt gehouden met het algemeen belang blijkt bovendien niet alleen uit de bepalingen inzake de bescherming van de verbruikers in het algemeen, maar tevens uit de mogelijkheid die aan de minister van Economische Zaken wordt geboden om in naam van het algemeen belang een vordering tot staking in te stellen.

8. Beide voornoemde wetten behoren dus tot verschillende invloedssferen en doen aldus de vraag rijzen, die ons bezighoudt, naar het samenbestaan van «vrije, geoorloofde» mededinging en de «eerlijke» mededinging.

De auteurs erkennen het bestaan van wisselwerking tussen die wetgevingen, bijvoorbeeld in het geval van verkoopswijgering. Die wijgering wordt beschouwd als een beperking van de mededinging in de zin van art. 2 W.E.M., en als zodanig als een gebruik dat strijdig is met de eerlijke handelspraktijken in de zin van art. 93 Handelspraktijkenwet.⁹

Er bestaat trouwens evenmin betwisting over het feit dat parasitaire handelingen, die geen betrekking hebben op de mededinging en dus niet in de W.E.M. worden bedoeld, zoals bedrieglijke reclame, beschadigingscampagnes of klantenroof, steeds op grond van de Handelspraktijkenwet kunnen worden betoeld.¹⁰

9. De theorie van de beperkende werking gaat in hoofdzaak uit van een dubbele gedachteorde: enerzijds, de voorrang van de W.E.M. omdat zij het algemeen belang beoogt en, anderzijds, de rechtsonzekerheid voor de ondernemingen als is geoordeeld dat hun handelspraktijken conform de W.E.M. zijn.

De auteurs die pleiten voor de beperkende uitwerking van de W.E.M., zijn van oordeel dat de toepassing van de Handelspraktijkenwet, aangezien de wetgever heeft gekozen voor marktorganisatie die gebaseerd is op vrije mededinging, omdat dat stelsel voor het geheel van ondernemingen en privépersonen het meest gunstige is, die doelstelling van daadwerkelijke en vrije mededinging niet in het gedrang mag brengen door de privé-belangen van bepaalde economische actoren ten nadele van het algemeen belang te bevoorstellen. Er moet dus een hiërarchie komen van de betrekkingen tussen die wetten en de vrijwaring tegen oneerlijke mededinging moet ondergeschikt worden gemaakt aan de doel-

stelling van vrije en daadwerkelijke mededinging. Kortom, het macro-economische aspect moet de bovenhand halen op het micro-economische.

Die stelling weerstaat volgens het onderzoek van de parlementaire voorbereiding van de betrokken wetten niet. Immers, in de enige passage die betrekking heeft op de gelijkshakeling van het ontwerp W.E.M. met de Handelspraktijkenwet heeft de Vice-Eerste Minister gesteld «dat er een fundamenteel verschil tussen beide wetgevingen bestaat». Terwijl het bij de handelspraktijken gaat om een confrontatie tussen twee partijen teneinde de eerlijke handelspraktijken te bepalen, streeft het ontwerp van W.E.M. een ander doel na: hier gaat het erom een werkelijke mededinging op een bepaalde markt in te stellen of te herstellen». Volgens de Vice-Eerste Minister «lijkt het risico op conflicten onbestaande».¹¹

Hoewel de toepassing van die wetgevingen dus heeft geleerd dat de regeringswoordvoerder op dat laatste punt fout was, blijft toch dat de wetgever wel degelijk van oordeel was dat beide wetgevingen in twee wezenlijk verschillende toepassingsferen zitten.¹² Zoals A. De Caluwé terecht opmerkt, kunnen er wel wisselwerkingen optreden, maar die kunnen niet uitmonden in de voorrang van de ene wetgeving op de andere.

De theorie van de beperkende werking berust in feite volledig op de regel van de voorrang van de W.E.M. op de Handelspraktijkenwet, in naam van de economische politiek van het algemeen belang, die, om de voormelde redenen geen steun vindt in de wet.

Het argument van de rechtsonzekerheid dat de voorstanders van die stelling aanvoeren, brengt immers geen enkel nieuw gegeven bij m.b.t. de geïsoleerde toepassing van de Handelspraktijkenwet. De stakingsrechter kan krachtens die wetgeving oordelen welke handelingen wel of niet tot de categorie behoren van de handelingen die strijdig zijn met de eerlijke handelspraktijken, waarvan de wet de schending in algemene bewoordingen vastlegt.

Welke nieuwe rechtsonzekerheid? Waarover zou kunnen worden geklaagd door de ondernemingen waarvan het optreden volgens de W.E.M. geoorloofd is en onder toezicht zou vallen van de stakingsrechter m.b.t. het al dan niet eerlijk zijn van hun concurrentie t.a.v. een bepaalde economische agent? Die beoordeling door de rechter zal immers in beide gevallen identiek zijn.

Het enige voorbehoud is dat de stakingsrechter geen rekening meer zou mogen houden met een van de onderdelen van de praktijk van de economische agent, als dat onderdeel reeds met toepassing van de W.E.M. geoorloofd is verklaard. Dit is onder meer het geval bij een beperking van de mededinging op grond van een individuele vrijstelling of van een vrijstelling per categorie en waarvan niet meer zou kunnen worden geoordeeld dat zij strijdig is met de eerlijke han-

¹¹ *Parl. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1282/6, p. 15.

¹² Volledigheidshalve dient erop te worden gewezen dat noch in de parlementaire voorbereiding van de wet van 25 mei 1999 tot wijziging van de Handelspraktijkenwet (*Parl. St.*, Kamer, 1998-99, nr. 2050/1), noch in die van de wet van 26 april 1999 tot wijziging van de W.E.M. (*Parl. St.*, Senaat, 1997-98, nr. 614/2) de wisselwerking tussen die wetgevingen werd besproken.

⁸ *Parl. St.* Senaat, 1984-85, nr. 947/1, p. 1.

⁹ Brussel, 21 juni 1995, *A.J.T.*, 1995-96, 497.

¹⁰ De VROEDE P., o.c., 145 en GARZANITI L. en VANDERMEERSCH D., o.c., 7.

delsgebruiken, wat de elementen betreft die voor die vrijstelling in aanmerking worden genomen.¹³

De theorie van de beperkte werking van de W.E.M. heeft hoofdzakelijk betrekking op drie soorten concurrentieel gedrag: verkoopsweigeren, discriminatie en rechtstreekse mededinging tussen fabrikant en verkopers.¹⁴

Het probleem rees vooral bij eenzijdige weigering van verkoop door niet-dominante ondernemingen. Die verkoopsweigeren tast immers rechtstreeks het mededingingsvermogen van de betrokken ondernemingen aan.

Tenzij men vasthoudt aan het beginsel dat de W.E.M. voorrang heeft op de Handelspraktijkenwet, wat gelet op de bovenstaande redenen volgens mij niet in overeenstemming is met de wil van de wetgever, is het niet duidelijk om welke verkoopsweigeren, bijvoorbeeld door een onderneming die geen dominante positie bekleedt, of zelfs door een onderneming die onder toepassing van art. 5, § 1, W.E.M. valt, niet zou kunnen worden beteugeld op grond van art. 93 Handelspraktijkenwet, dat oneerlijke mededinging in algemene bewoordingen verbiedt, wanneer die weigering gepaard gaat met een bijzonder foutief optreden, zoals een overhaaste en onverantwoorde weigering.

De economische vrijheid – uitdrukking van de vrijheid van handel, gewaarborgd in het decreet Allarde, en van de vrijheid om overeenkomsten te sluiten, vastgelegd in de artt. 1101 en 1108 B.W. –, en de eerlijke concurrentie zijn, naar mijn oordeel, twee evenwaardige beginselen die beide het algemeen belang beogen, zoals ik reeds heb betoogd, en waartussen samenloop ontstaat. Kortom, economische vrijheid mag geen absolute vrijheid worden die ontsnapt aan het begrip «fout» en aan de onrechtmatige aantasting van anderen vrijheid.¹⁵

Dat blijkt ook uit het arrest van het Hof van 18 februari 1965, waarin het overweegt dat «la libre concurrence n'est pas un droit absolu mais est limitée par l'existence de droits égaux dans le chef d'autrui; l'acte de concurrence dégenère en faute dès lors qu'il n'est exercé que dans le seul but d'atteindre à ces droits».¹⁶ Dat arrest blijft mijns inziens zeer actueel. Immers, zowel de wet van 5 augustus 1991 als die van 14 juli 1991 zijn slechts modaliteiten tot regeling van de, in de regel «vrije» mededinging, rekening houdende met het algemeen economisch belang van een bepaalde markt, of met het bestaan van een oneerlijke daad waardoor een economische agent, «verkoper», de beroepsbelangen van een andere «verkoper» schaadt.

10. Met toepassing van het bovenstaande op dit geval blijkt dus dat de appèlrechter zijn beslissing naar recht verantwoordt wanneer hij oordeelt dat, ook al wordt de wetgeving inzake mededinging niet geschonden, toch een foutief of onregelmatig optreden in aanmerking kan worden genomen, met name bij misbruik van recht, en dat zulks hier niet het geval is.

¹³ De CALUWE A., o.c., 118: de daad die niet wordt bedoeld in de W.E.M. is daarom nog niet geoorloofd. Zij wordt alleen niet verboden, wat nooit kan beletten dat zij onder toepassing van een andere wetgeving valt.

¹⁴ GARZANITI L. en VANDERMEERSCH D., o.c., 7.

¹⁵ Zie in die zin De CALUWE A., o.c., 119.

¹⁶ Cass., 18 februari 1965, Pas., 1965, I, 621.

Het tweede middel kan dus volgens mij niet worden aangenomen.

Besluit: verwerping.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 3 februari 1999 gewezen door het Hof van Beroep te Gent;

...

Over het tweede middel, gesteld als volgt:

schending van de art. 2 en 3 van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, van art. 1382 en 1383 B.W., van art. 85 en 86 E.E.G.-Verdrag en van art. 93 en 94 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument.

doordat het bestreden arrest overweegt: «(Eiseressen) voeren een hele discussie – afgezien van de vraag of deze in casu wel relevant is – nopens het feit dat eerste (verweerster) enkel zou bereid zijn aan officina-apothekers te leveren en niet aan para-apotheken. Eerste (verweerster) daarentegen ontkent zinnens te zijn in de toekomst in België het «franchisesysteem» te beperken tot officina-apotheken. Ze stelt dit systeem vooralsnog aldus te hebben uitgebouwd, omdat ze met de officina-apotheken reeds een contractuele relatie onderhield in het raam van de selectieve distributie en ze deze eerst aan bod wilden laten komen. Het valt op dat, in tegenstelling tot de selectieve distributie-overeenkomst, de «franchise-overeenkomst» niet langer de beperking van distributie via apotheken inhoudt. Daarnaast tonen (verweersters) aan dat ze in Nederland (131 verkooppunten), Oostenrijk (58 verkooppunten) en Zwitserland (739 verkooppunten) ook buiten de apotheken om (via drogisten) hun goederen op de markt brengen, waaruit blijkt dat het niet in het algemeen beleid ligt van de L. W.-groep om de distributie van zijn producten noodzakelijkerwijze via officina-apotheken te laten verlopen. Dit kan erop wijzen dat de stelling van eerste (verweerster) met de werkelijkheid overeenstemt. In ieder geval leveren (eiseressen) niet het bewijs van het tegendeel. De schending van een wettelijk of bestuurrechtelijk voorschrift en dus van de Europese of Belgische mededingingsregels, door een verkoper in de uitoefening van zijn activiteiten, kan een inbreuk op de eerlijke handelspraktijken in de zin van art. 93 Wet Handelspraktijken uitmaken.

(...)

Voor zover wordt aangenomen dat het verkoopsysteem van (verweersters) en de weigering van eerste (verweerster) niet valt onder de toepassing van art. 85, eerste lid, E.E.G.-Verdrag en art. 2, § 1, W.E.M. – wat in casu het geval is – is het volgens (eiseressen) in ieder geval strijdig met art. 93 Wet Handelspraktijken, aangezien de verkoopsweigeren, rechtsmisbruik en discriminatie inbreuken uitmaken op de algemene voorzichtigheidsnorm. Voor concurrentiebeperkende gedragingen die toegelaten zijn onder de W.E.M. kan niet via de norm van de «eerlijke handelspraktijken» opnieuw een verbod worden ingevoerd. Een coherent mededingingsbeleid vereist dat het individueel belang waarvan de schending wordt ingeroepen slechts aanspraak kan maken op bescherming tegen mededingingsgedrag voor zover dit gedrag het goed functioneren van de vrije markt belemmert. Mededingingsbeperkend gedrag van ondernemingen waarvan de impact op de markt gering is om een werkzame mede-

dinging in de weg te staan (art. 5, § 1, W.E.M.), kan om die reden ook geen daad strijdig met de eerlijke handelsgebruiken uitmaken. De weigering met een bepaalde afnemer zakenrelaties aan te knopen blijft daarentegen wel onregelmatig en het voorwerp uitmaken van een stakingsvordering, indien deze beantwoordt aan rechtsmisbruik. Verkoopweigering levert misbruik van recht op wanneer de leverancier geen belang heeft bij de weigering of wanneer de weigering een kennelijk onevenwicht in de belangen van partijen creëert. Enig rechtsmisbruik is evenwel ten aanzien van (verweerster) niet bewezen. (Eerste verweerster) heeft aan (eerste eiseres) de in de selectieve distributieovereenkomst bedongen opzegtermijn nageleefd. Na het verstrijken van deze opzegtermijn kan de leverancier zonder enige motivering de zakenrelatie stopzetten. *In casu* heeft de leverancier wel degelijk belang gehad bij de uitbouw van het «franchisesysteem», aangezien appellanten een nieuwe verkoopstrategie willen uitbouwen, waarbij zij in vervanging van de levering via grossisten, zelf rechtstreeks aan de eindverkoper willen leveren», en bijgevolg het eerste vonnis vernietigt wat de oorspronkelijke hoofdvordering van eiseressen betreft.

terwijl, concurrentiebeperkende gedragingen die toegelaten zijn onder de W.E.M. verboden kunnen worden via de norm van de eerlijke handelspraktijken, het feit dat een beslissing de regels van de W.E.M. niet schendt, niet uitsluit dat er andere beoordelingscriteria dan het bepaalde in de W.E.M. blijven bestaan om zich over de rechtmatigheid van de verkoopswegering uit te spreken, niet alleen rechtsmisbruik, maar ook een fout in de zin van art. 1382 en 1383 B.W. en bijgevolg evenzeer art. 93 en 94 Wet Handelspraktijken, het bestreden arrest niet zonder deze bepalingen te schenden kon oordelen dat de weigering met een bepaalde afnemer zakenrelaties aan te knopen slechts het voorwerp kan uitmaken van een stakingsvordering indien deze beantwoordt aan rechtsmisbruik, nl. wanneer de leverancier geen belang heeft bij de weigering of wanneer de weigering een kennelijk onevenwicht in de belangen van partijen creëert, het feit dat bepaalde gedragingen niet de drempels vastgelegd in de regels m.b.t. de mededinging bereiken geenszins uitsluit dat een partij fouten zou begaan in het uitoefenen van zijn handelsdaden.

zodat het bestreden arrest, door te stellen dat voor concurrentiebeperkende gedragingen die toegelaten zijn onder de W.E.M. niet via de norm van de «eerlijke handelspraktijken» opnieuw een verbod kan worden ingevoerd en dat enkel in geval van rechtsmisbruik zou kunnen worden opgetreden tegen gedragingen van een partij, louter opdat deze evenwel niet kunnen worden getoetst aan de hand van de Europese en Belgische regels inzake mededingingsrecht, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt (schending van alle in het middel opgesomde bepalingen):

Overwegende dat een gedraging van een onderneming die de mededinging beperkt, maar die is toegelaten uit het oogpunt van zowel het Europese mededingingsrecht als van de Belgische wet op de mededinging, niet op grond van de verplichting de eerlijke gebruiken in handelszaken na te leven kan worden verboden wanneer de beweerde miskenning van die eerlijke gebruiken er in wezen uitsluitend in bestaat de mededinging tussen afnemers te beperken;

Overwegende dat de appèlrechter te dezen vaststelt dat de verweten miskenning van de eerlijke gebruiken in handelszaken uitsluitend hierin bestaat dat de opneming van ei-

seressen in het franchisesysteem van verweersters wordt geweigerd; dat hij daarbij oordeelt dat verweersters geen misbruik hebben gemaakt van hun recht en aldus uitsluit dat op die laatste grond de miskenning van de eerlijke gebruiken in handelszaken zou kunnen worden bewezen;

Dat de beslissing dat de praktijk niet strijdig was met de eerlijke handelsgebruiken, aldus naar recht is verantwoord;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER – 17 FEBRUARI 1997

Voorzitter: de h. Bijl

Raadsheren: mevr. Nailis en de h. Dirix

Advocaten: mrs. Verheyen loco Savelkoul en Swennen loco Geyskens

Overeenkomst – Contractuele aansprakelijkheid – Optreden van raadsman van verzekeringnemer met instemming van raadsman van verzekeraar – Stilzwijgende goedkeuring van verzekeraar – Toerekening – Vertrouwensleer

Wanneer uit de feiten kan worden afgeleid dat de persoonlijke raadsman van de verzekeringnemer is opgetreden met instemming van de raadsman van de verzekeraar, moet ook worden aangenomen dat deze instemming gebeurde met de minstens stilzwijgende goedkeuring van de verzekeraar of dat allezins door de verzekeraar het vertrouwen werd gewekt dat er die instemming was. Beschouwd vanuit het oogpunt van de verzekeringnemer is de handelwijze van de raadsman van de verzekeraar aan die verzekeraar toe te rekenen.

V. t/ N.V. A.

Gelet op de door de wet vereiste processtukken in behoorlijke vorm overgelegd, waaronder het bestreden vonnis, op 28 maart 1995 op tegenspraak tussen de partijen uitgesproken door de Rechtbank van Koophandel te Hasselt, waarvan geen akte van betekening voorligt en waartegen tijdig en geldig naar vorm hoger beroep werd ingesteld bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van dit Hof op 5 september 1995;

Overwegende dat de oorspronkelijke vordering uitging van appellant bij exploit van 2 maart 1982 en gericht was tot geïntimeerde (hierna te noemen: de verzekeraar), strekkende tot de betaling van een bedrag van 86.970 fr. (in hoofdsom) ter vergoeding van door appellant voorgeschoten expertisecosten; dat deze kosten werden gemaakt in het raam van een procedure naar aanleiding van een schadegeval te Maaseik op 19 december 1979 betreffende het afknakken van een TV-pyloon waarbij de aansprakelijkheid van appellant en een B.V.B.A. B. in het gedrang kwam; dat dit schadegeval haar beslag kreeg in een arrest van dit Hof van 1 april 1992, waarbij de vordering van appellant tegen de B.V.B.A. B. werd ingewilligd en deze vennootschap ook werd veroordeeld om appellant te vrijwaren voor zijn aansprakelijkheid jegens een N.V. B.; dat appellant betoogt dat geïntimeerde als verzekeraar rechtsbijstand gehouden is dit bedrag terug te betalen; dat tijdens de procedure voor de eerste rechter werd vastgesteld dat deze vordering zonder voorwerp is, om-

dat de B.V.B.A. B. deze kosten heeft voldaan; dat tijdens het geding de vordering werd uitgebreid tot de vergoeding van het ereloon van de door appellant gekozen raadsman, ereloon dat provisioneel werd begroot op 93.989 fr. en uiteindelijk op 271.990 fr., te verhogen met de gerechtelijke interesten, minstens tot een bedrag van 100.000 fr.;

Overwegende dat de eerste rechter deze vordering ontvankelijk maar als ongegrond heeft afgewezen;

Overwegende dat appellant de vernietiging nastreeft van het bestreden vonnis en diensgevolge concludeert tot de inwilliging van zijn oorspronkelijke vordering, begroot op 271.990 fr., te verhogen met de gerechtelijke interesten; dat subsidiair aanspraak wordt gemaakt op een bedrag van 175.000 fr. «*ex aequo et bono*» geraamd ter vergoeding van het verlies van een kans;

Overwegende dat geïntimeerde concludeert tot de bevestiging van het eerste vonnis;

Overwegende dat vaststaat dat appellant in het raam van een polis «B.A. Onderneming» ook verzekerd is voor «rechtsbijstand en verhaal»; dat deze polis de rechtsbijstand waarborgt voor o.m. de uitoefening van verhaal tegen iedere derde aansprakelijk voor een ongeval dat (...) stoffelijke schade veroorzaakt; dat luidens de polis de verzekeraar de leiding van het geding heeft en niet instaat voor eigen raadslieden of deskundigen van de verzekerde;

Overwegende dat naar aanleiding van genoemd schadegeval de persoonlijke raadsman van appellant op 25 maart 1980 contact opneemt met de verzekeraar; dat hierin melding wordt gemaakt van de stand van de procedure (aanstelling deskundige in kort geding) en gevraagd wordt toestemming te krijgen om voor rekening van de verzekeraar op te treden; dat de verzekeraar hierop afwijzend antwoordt en melding maakt van het feit dat het dossier werd toevertrouwd aan de gebruikelijke raadsman; dat in deze brief wordt aangekondigd dat deze raadsman met de raadsman van appellant in contact zal treden;

Overwegende dat over deze contacten geen gegevens worden voorgelegd; dat alleszins blijkt dat deze contacten werden gevoerd zoals blijkt uit de staat van onkosten en erelonen van de raadsman van de verzekeraar (post «contacten met de persoonlijke raadslieden van V. Raymond» en post «uitvoerige briefwisseling met de persoonlijke raadslieden» (nota van 15 november 1981); dat voorts gebleken is dat tijdens het verdere verloop voor de bodemrechter (Rechtbank van Koophandel te Hasselt, 27 april 1987 en Hof van Beroep te Antwerpen, 1 april 1992) appellant uitsluitend werd bijgestaan door zijn persoonlijke raadsman; dat de raadsman van de verzekeraar in deze gedingen zelfs niet betrokken was;

Overwegende dat uit het vorenstaande enkel kan worden afgeleid dat de persoonlijke raadsman is opgetreden met instemming van de raadsman van de verzekeraar; dat eveneens moet worden aangenomen dat deze instemming gebeurde met de – minstens stilzwijgende – goedkeuring van de verzekeraar; dat alleszins door de verzekeraar het vertrouwen werd gewekt dat zulks het geval was; dat vanuit de positie van appellant de handelwijze van de raadsman van de verzekeraar aan geïntimeerde is toe te rekenen;

Overwegende dat geïntimeerde zich niet kan verschuilen achter het feit dat de briefwisseling tussen de raadslieden niet kan worden overgelegd;

Overwegende dat derhalve appellant op contractuele grondslag gerechtigd is om vergoeding te verkrijgen voor de door hem betaalde kosten in verband met zijn vertegenwoordiging in rechte;

Overwegende dat indien zou worden aangenomen dat geen dergelijke instemming door de verzekeraar *c.q.* diens raadsman werd verleend of tenminste geen dergelijke toerekening op grond van de vertrouwensleer kan worden aangenomen (*quod non*), moet worden vastgesteld dat de verzekeraar manifest is tekortgeschoten aan haar contractuele verplichtingen; dat overigens ook de eerste rechter tot dit besluit is gekomen; dat deze wanprestatie aanleiding geeft tot vervangende schadevergoeding;

Overwegende dat in beide gevallen dus een contractueel vorderingsrecht kan worden toegekend aan appellant;

Overwegende dat de door de verzekeraar te dragen kosten en erelonen «*ex aequo et bono*» kunnen begroot worden op 100.000 fr.; dat hierbij mede rekening wordt gehouden met het honorarium (53.100 fr.) dat voor de tussenkomsten van de eigen raadsman werd betaald in het raam van de kortgedingprocedure en het deskundigenonderzoek, de gebruikelijke honoraria en de aard van de door de persoonlijke raadsman van appellant geleverde prestaties.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

15e KAMER – 25 MEI 1999

Voorzitter-rapporteur: de h. Mahieu

Raadsheren: mevr. Maes-Nichels en mevr. Schurmans

Openbaar ministerie: de h. Verbelen

Advocaat: mr. Eulaerts

Huiszoeking – Aanhorigheden – Garage

Een gebouw waarin wagens worden gestald, ofschoon bestempeld als garage, maakt geen aanhorigheid van een woning uit als de ligging – onmiddellijke nabijheid van stallingen, naast een voedersilo – en de aanwending ervan erop wijzen dat deze plaats niet tot woning dient.

Van B. t/ O.M.

...

Overwegende dat ter gelegenheid van een gerichte controle in het landbouwbedrijf van beklaagde, uitgevoerd op 2 oktober 1997 op grond van art. 6 van de wet van 15 juli 1985, in de garage, centraal gelegen tussen de stallingen, op een ton een lege plastieken spuit (20 cc) met naald nr. 16 en ijzeren hendel werd aangetroffen;

Overwegende dat er geen twijfel bestaat dat deze zoeking geschiedde op grond van art. 6 van de wet van 15 juli 1985; dat § 4 van vermeld wetsartikel bepaalt dat de bevoegde ambtenaren in de uitoefening van hun ambt te allen tijde iedere plaats mogen betreden waar dieren zich *kunnen* bevinden, behoudens de plaatsen die tot woning dienen;

Overwegende dat de beklaagde in conclusie betoogt dat de zoeking en de daaropvolgende inbeslagname in de garage onwettig is geschied, zodat de voorliggende bewijselementen die hierdoor zijn opgeleverd een onrechtmatig karakter vertonen;

Overwegende dat art. 6, § 4, van de wet van 15 juli 1985 de betredingsbevoegdheid uitdrukkelijk uitsluit voor plaatsen die tot woning kunnen dienen; dat onder «woning» moet worden verstaan: «de plaats, met inbegrip van de erdoor omsloten eigen aanhorigheden, die een persoon bewoont om er zijn verblijf of zijn werkelijke verblijfplaats te vestigen en waar hij uit dien hoofde recht heeft op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, zijn rust en meer in het algemeen zijn privé-leven» (Cass., 23 juni 1993, *R.W.*, 1993-94, 467);

dat de garage waarin de zoeking geschiedde en waarin de door de wet verboden hormonale stoffen werden aangetroffen, niet kan worden beschouwd als woning, noch als plaats die tot woning kan dienen;

dat het gebouw, aangeduid als «garage», gelegen is in de onmiddellijke nabijheid van de stallingen, naast een voedsilo;

dat het gebouw in kwestie geen aanhorigheid uitmaakt van de woning van beklaagde;

dat ook al worden in dat gebouw wagens gestald, én de ligging, én de aanwending ervan aanwijzen dat er geen sprake kan zijn van een plaats die tot woning dient;

dat deze criteria precies maken dat het gebouw in kwestie kan worden bestempeld als een plaats waarin zich dieren *kunnen* bevinden, zodat de zoeking aldaar geen onwettig karakter vertoont;

...

NOOT – Over de aanhorigheden van een woning

1. Men mag van de wetgever niet verwachten dat hij alle begrippen met de uiterste acribie omschrijft of dat hij elke juridische term haarfijn definieert. Alles vastleggen verarmt de rechtswetenschap en kweekt bedilzuchtige politiekers en vadsige juristen.

2. Of een opslagplaats, een loods of een garage een aanhorigheid van een woning uitmaakt, is een feitenkwestie waarover elke (straf)rechter op onaantastbare wijze oordeelt aan de hand van de ligging, de afscherming, de aanwending, de toegang en het privaat karakter van het gebouw.

3. Het is niet omdat de koeboer of de pachter zijn tractor in een schuur plaatst of zijn auto onder een hangar, dat deze gebouwen aanhorigheden van de woning worden. Ook de benaming die hij aan de gebouwen of plaatsen geeft, speelt daarbij geen rol: het agrarisch karakter verandert niet omdat een voertuig in een graanschuur wordt gestald, noch een hooizolder omdat de boer hem omdoopt tot slaapvertrek voor zomergasten.

Das Gesetz ist lückenhaft, das Recht lückenlos.

A. Vandeplass

POLITIËRECHTBANK TE GENT

24 MAART 1997

Rechter: de h. Van Trimpont

Advocaten: mrs. Goeminne en Blomme

Verzekering – Alle risico's – Exceptie van verval van dekking – Oorzakelijk verband

Het bedingen van een geheel of gedeeltelijk verval van het recht op verzekeringsprestatie is onderworpen aan twee voorwaarden waaraan cumulatief moet voldaan zijn, namelijk het verval moet voortvloeien uit de niet-nakoming van een bepaalde in de overeenkomst opgenomen verplichting en er moet een oorzakelijk verband bestaan tussen de tekortkoming en het schadegeval. Aan het vereiste van oorzakelijk verband is voldaan wanneer de rechten van de verzekeraar door het niet-nakomen van de bedongen verplichting in het gedrang komen.

A. t/ N.V. A.

De eis strekt tot veroordeling van verweerster tot betaling aan eiseres van 270.448 frank, vermeerderd met de moratoire interest vanaf 16 februari 1996 en met de gerechtelijke interest.

De vordering is gebaseerd op een polis alle risico's (omnium) die eiseres bij verweerster sloot op 4 december 1995 m.b.t. haar voertuig Proton 415. De waarborg alle risico's ging in op 30 november 1995 en liep tot 10 oktober 1996.

Op 6 december 1995 was het voertuig op de Koningin Elisabethlaan te Gent betrokken in een verkeersongeval.

De schade aan het voertuig bedroeg 280.448 frank. Na aftrek van de contractuele vrijstelling van 10.000 frank vordert eiseres van verweerster betaling van in hoofdsom 270.448 frank.

Verweerster weigert betaling van genoemd bedrag, zich baserende op art. 29 van de polis dat onder meer bedingt: «... In geval van diefstal, ... vandalisme of vluchtmisdrijf, moet onmiddellijk klacht worden neergelegd en ten laatste binnen de 24 uur bij de bevoegde gerechtelijke overheden. Bij niet-naleving van deze verplichting houdt de N.V. A. zich het recht voor tussenkomst te weigeren». Verweerster stelt dat eiseres zou hebben moeten uitwijken ingevolge een manoeuvre van een onbekend gebleven derde en aldus tegen de middenberm zou zijn terechtgekomen. Volgens de stelling van verweerster zou er derhalve vluchtmisdrijf zijn, hetzij door de onbekend gebleven derde, hetzij – bij ontstentenis van een derde bestuurder – door eiseres zelf, die immers de middenberm aanreed.

Eiseres betwist het ingeroepen vluchtmisdrijf en beroept zich voorts op art. 21 van de Wet op de Landverzekeringsovereenkomst, dat voorschrijft dat de verzekeraar slechts aanspraak kan maken op vermindering van de prestatie tot beloop van het door hem geleden nadeel.

Beoordeling

Uit de ongevalsverklaring van eiseres en uit het schriftelijk relaas van een getuige W. blijkt dat een derde voertuig dubbel geparkeerd stond, dat dat derde voertuig aanzette zonder zijn richtingaanwijzer in werking te stellen en schijnbaar zonder eiseres en de getuige op te merken, dat eiseres voor dat voertuig uitweek en de middenberm raakte.

Het is niet betwist dat eiseres geen klacht neerlegde bij rijkswacht of politie.

In het burgerlijk geding past de rechter op de hem op regelmatige wijze overgelegde stukken het vigerende recht toe, ook indien partijen een bepaalde rechtsregel niet zelf inroepen, mits de oorzaak van de vordering niet wordt gewijzigd (Krings, E. en De Coninck, B., «Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden», *T.P.R.*, 1982, p. 655, nr. 21; Krings, E.

Het ambt van de rechter bij de leiding van het rechtsgeding, *R.W.*, 1983-84, 337).

De rechtbank wijst op art. 11 van de Wet op de Landverzekeringsovereenkomst. Het bedingen van een geheel of gedeeltelijk verval van het recht op verzekeringsprestatie is onderworpen aan twee voorwaarden waaraan cumulatief moet voldaan zijn, namelijk: ten eerste, moet het verval voortvloeien uit de niet-nakoming van een bepaalde, in de overeenkomst opgenomen verplichting; ten tweede, moet er een oorzakelijk verband bestaan tussen de tekortkoming en het schadegeval. Wat deze laatste voorwaarde betreft, blijkt uit de memorie van toelichting van de wet dat aan het vereiste van oorzakelijk verband is voldaan wanneer de rechten van de verzekeraar door het niet-nakomen van de bedongen verplichting in het gedrang komen (Ponet, Rubens en Verhees, *De Landverzekeringsovereenkomst*, nrs. 220-228).

Gelet op de tekst van art. 29 van de polis is aan de eerste voorwaarde duidelijk voldaan.

Maar wat te denken van de tweede voorwaarde? De verzekeraar, verweerster, moet aantonen dat er een oorzakelijk verband is tussen de niet-nakoming van de opgelegde verplichting en het schadegeval (Ponet e.a., *o.c.*, *l.c.*). M.a.w. moet verweerster, om in haar exceptie van verval te slagen, bewijzen dat haar rechten door het niet-neerleggen van klacht in het gedrang komen (was er vluchtmisdrijf? zou verweerster geen schade hebben geleden? en m.a.w. een concreet verhaal kunnen instellen hebben tegen een derde aansprakelijke was er een klacht geweest, enz.?).

Nu de rechtbank een middel opwerpt dat niet door partijen werd aangevoerd, is het passend het debat te heropenen overeenkomstig art. 774, tweede lid Ger.W., ten einde verweerster in staat te stellen zich betreffende het opgeworpen middel te verdedigen en partijen de mogelijkheid te bieden desbetreffende tegenspraak te voeren.

NOOT – Na heropening van de debatten heeft de rechtbank in een vonnis van 11 september 1997 (A.R. 2086/96) geoordeeld dat door de afwezigheid van strafklacht verweersters rechten als verzekeraar niet in het gedrang kwamen, zodat verweerster zich niet op de bedongen uitsluiting kan beroepen.

KANTTEKENING

HET GERECHTELIJK AKKOORD, EEN SLAG IN HET WATER?

De nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord van 17 juli 1997 en in werking getreden op 1 januari 1998, had een aantal vrij duidelijke doelstellingen: ondernemingen die kandidaat voor een faillissement zijn, vroegtijdig ontdekken en de mogelijkheid bieden via een herstelplan te overleven en opnieuw gezond te worden. Over deze nieuwe wetgeving is reeds heel wat geschreven, zeker ook op basis van juridische analyses. In deze bijdrage willen we de gevolgen van de nieuwe wetgeving belichten vanuit een andere invalshoek, die van het bedrijfsleven. Aan de Vlerick Leuven Gent Management School is reeds een tweetal jaar het Graydon Impulscentrum voor Kredietmanagement actief. Daarin worden een

aantal vormings- en onderzoeksactiviteiten over kredietmanagement uitgevoerd. Een belangrijk aspect van kredietmanagement is uiteraard de beoordeling van de kredietwaardigheid van een potentiële klant. In dat kader is het dan ook evident dat faillissement en gerechtelijk akkoord vanuit bedrijfseconomisch standpunt bestudeerd worden.

Cijfers en statistieken

Vooraleer tot de bespreking van de gevolgen over te gaan, is het wellicht nodig eerst een goed beeld te krijgen over de omvang en de gevolgen van het nieuwe gerechtelijke akkoord statuut. Wat zijn tot hiertoe de resultaten van de nieuwe wet geweest?

Een eerste vaststelling is dat het aantal gerechtelijke akkoorden ontstellend laag is: voor de vennootschappen werden in 1998, 129 en in 1999 slechts 117 gerechtelijke akkoorden toegestaan. Ook bij de eenmanszaken is het aantal «bedroevend» laag met respectievelijk 51 en 49 gerechtelijke akkoorden. Voor de verdere analyse zullen we ons vooral richten op de vennootschappen.

Een eerste vraag die rijst, is uiteraard of het geringe aantal toegestane gerechtelijke akkoorden te maken heeft met een gering aantal aanvragen. Met andere woorden, zijn de rechtbanken niet te streng geweest bij de toegang tot de akkoordprocedure? Daartoe kan worden gewezen op tabel 1, die voor 1999 het aantal aanvragen en het aantal toegekende gerechtelijke akkoorden van 1 januari tot 20 september aangeeft. Deze tabel is samengesteld op basis van een rondvraag bij de verschillende gerechtelijke arrondissementen door de Unie der Consulaire Rechters.

Een paar opmerkelijke vaststellingen uit deze tabel: 1) er zijn grote verschillen tussen de arrondissementen met betrekking tot het aantal gerechtelijke akkoorden; 2) inwilliging: op het totaal lijkt de verhouding tussen het aantal toegestane en het aantal aangevraagde gerechtelijke akkoorden ongeveer rond de helft te liggen, dus één op twee aanvragen werd toegestaan. Maar ook hier zijn er opmerkelijke verschillen met waarden gaande van 0 tot 100%!

Voorlopige conclusies uit deze tabel zijn dus dat de aantallen zeer beperkt zijn en vooral dat er tussen de verschillende arrondissementen geen consistentie is.

Arrondissement	Faillissementen	Gerechtelijke akkoorden	
		Aangevraagd	Ingewilligd
Antwerpen	728	27	21
Mechelen	146	5	5
Turnhout	188	5	3
Hasselt	197	4	0
Tongeren	170	1	1
Brussel	1300	15	8
Leuven	174	5	3
Nijvel	201	35	13
Gent	231	4	2
Dendermonde	203	2	2
Oudenaarde	46	4	2
Brugge/ Oostende	173	7	3

Arrondis- sement	Faillisse- menten	Gerechtelijke akkoorden	
		Aange- vraagd	Ingewilligd
Ieper	28	1	1
Kortrijk	171	10	3
Veurne	36	5	2
Luik	428	13	6
Hoei	66	8	0
Verviers	88	6	5
Eupen	22	0	0
Marche	31	1	0
Neufchateau	22	0	0
Namen	142	10	8
Dinant	55	3	0
Aarlen	27	1	0
Bergen	190	10	4
Charleroi	258	9	7
Doornik	101	3	0
Totaal	5422	194	99

Tabel 1 – Faillissementen en gerechtelijke akkoorden per gerechtelijk arrondissement – Bron: Unie van Consulaire Rechters.

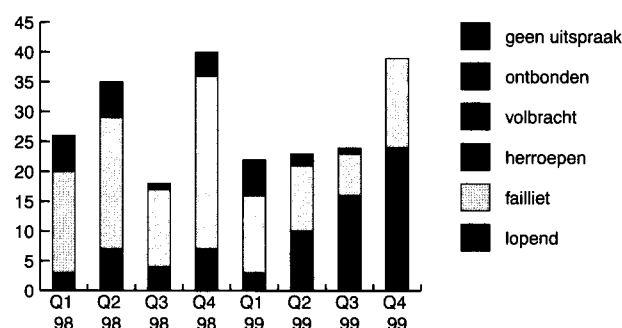
Is er een verband tussen het aantal faillissementen en het aantal gerechtelijke akkoorden? Tabel 2 bevat een overzicht van de cijfers per maand voor 1998 en 1999:

Een duidelijk verband tussen beide is in deze cijfers zeker niet te ontdekken. Integendeel, men stelt een daling vast van het aantal gerechtelijke akkoorden, terwijl het aantal faillissementen in deze periode vrolijk bleef stijgen. Dat wijst er op zijn minst reeds op dat de wet gerechtelijk akkoord niet in staat is geweest het aantal faillissementen naar beneden te halen.

Als er dan al weinig gerechtelijke akkoorden zijn geweest, dan is het toch misschien zo dat minstens deze ondernemingen aan een dreigend faillissement zijn ontsnapt? Met andere woorden, wat is er gebeurd met de ondernemingen die wel een gerechtelijk akkoord hebben aangevraagd en verkregen? Ook daar kunnen de statistieken van Graydon verheldering brengen. En ook hier zijn de resultaten teleurstellend, zoals aangegeven in onderstaande tabel en gevisualiseerd in bijhorende grafische voorstelling:

	1998	%	1999	%
Voorlopige opschorting	0	0	50	43
Definitieve opschorting	23	18	8	7
Failliet	89	69	51	44
Herroepen	3	2	1	1
Volbracht	4	3	0	0
Ontbonden	8	6	3	3
Geen uitspraak	2	2	4	3
Totaal	129	100	117	100

Tabel 3: Gerechtelijke akkoorden vennootschappen – toestand op 31 december 1999



Figuur 1: Resultaat van gerechtelijke akkoorden per kwartaal

	Jan	Feb	Mar	Apr	Mei	Jun	Jul	Aug	Sep	Okt	Nov	Dec	Totaal
Gerechtelijke Akkoorden-Vennootschappen													
1999	6	10	6	9	3	13	10	7	10	25	11	7	117
1998	3	13	12	18	9	11	11	4	4	14	13	17	129
Faillissementen													
N.V.													
1999	142	126	160	112	140	160	104	71	160	101	106	129	1511
1998	113	139	126	128	128	156	92	64	167	147	130	107	1497
B.V.B.A.													
1999	303	293	365	256	300	337	255	158	368	295	292	305	3527
1998	244	242	291	259	255	401	188	165	323	324	298	295	3285
C.V.													
1999	43	63	54	58	61	64	27	26	60	66	35	43	600
1998	49	33	54	56	68	68	35	30	60	50	64	52	619
Vennootschappen													
1999	488	482	579	426	501	561	386	255	588	462	433	477	5638
1998	406	414	471	443	451	625	315	259	550	521	492	454	5401

Tabel 2: Faillissementen en Gerechtelijke akkoorden per maand – 1998 en 1999

We stellen vast dat van de 129 vennootschappen waaraan in 1998 een gerechtelijk akkoord werd toegekend er 89 (69%) intussen failliet gegaan zijn. Indien de bedoeling van de wetgeving was het gerechtelijk akkoord voor te behouden voor ondernemingen met een degelijke overlevingskans, dan lijkt die bedoeling er in alle geval niet uit te komen.

Van de gerechtelijke akkoorden toegekend in 1999 zijn er intussen ook al 51 bedrijven (43%) in een faillissement beland. Daarnaast zijn er nog 50 (43%) die zich nog in de fase van de voorlopige opschorting bevinden, en die dus nog geen herstelplan hebben opgesteld. Het goedkeuren van dit herstelplan en de uitspraak van definitieve opschorting zijn uiteraard zeer belangrijk. Het geringe aantal bedrijven uit 1999 dat zich in de definitieve opschorting bevindt (8 ondernemingen!), vergeleken met het aantal in voorlopige opschorting (50!) zou er kunnen op wijzen dat een groot aantal ondernemingen er niet in slaagt een degelijk en betrouwbaar herstelplan uit te werken. Er zijn ook (nauwelijks) 4 ondernemingen waarvan bekend is dat zij het gerechtelijk akkoord succesvol afgerond hebben. Al met al kunnen uit de cijfers slechts zeer teleurstellende vaststellingen worden gedaan.

Waarom werkt het niet?

Een logisch vervolg op deze cijferanalyse is uiteraard de vraag naar de oorzaak van het falen van de wet op het gerechtelijk akkoord. We zijn onze analyse begonnen met de vaststelling dat het gerechtelijke akkoord een nuttig concept is. Wat is er dan fout gegaan? Wellicht zijn er twee mogelijke oorzaken. Allereerst kan de wet zelf een aantal juridische gebreken vertonen. Dat onderzoek valt echter niet binnen het bestek van deze bijdrage. Daarnaast schort er misschien ook een en ander aan de praktische werking en uitvoering van de wet. Het is duidelijk dat het grootste gedeelte van de ondernemingen die in 1998 en 1999 een gerechtelijk akkoord hebben aangevraagd, er in feite niet voor in aanmerking kwamen, of althans niet meer op het ogenblik dat de stap gezet werd.

Vraag is dan ook hoe men ervoor kan zorgen dat de juiste ondernemingen, op het juiste tijdstip, geïdentificeerd kunnen worden als kandidaten voor een gerechtelijk akkoord.

Uit heel wat onderzoek naar faillissementen van ondernemingen is gebleken dat het verloop van een faillissementsproces meestal over verschillende jaren loopt, en dat in de loop van het proces een aantal verschillende symptomen vertoont. Symptomen waarvan er een aantal enkel intern, dus binnen de onderneming, zichtbaar zijn, maar waarvan er toch een aantal ook naar de buitenwereld toe kunnen bekend worden. Wellicht ligt daar reeds een eerste belangrijk element van verbetering: als we weten dat er een hele reeks symptomen zijn die kunnen wijzen op moeilijkheden in een onderneming, kunnen we beter proberen die symptomen te gebruiken die zo vroeg mogelijk in het faillissementsproces optreden. Welke knipperlichten gebruiken de Kamers voor Handelonderzoek vandaag? Blijkbaar beperken ze zich voornamelijk tot een aantal knipperlichten die in de wet werden opgesomd – negatief eigen vermogen, achterstallen bij RSZ,...

Kunnen we beter doen? Een analyse uitgevoerd door Graydon bij de faillissementen van vennootschappen heeft toch wel duidelijk gemaakt dat uit een ruim gamma aan mogelijke signalen, er een aantal zijn die reeds zeer vroeg alarm kunnen slaan.

Een eerste lijst hieronder geeft aan welke signalen uit deze (lange) lijst bij falende ondernemingen werden vastgesteld. De meeste knipperlichten in deze lijst zijn wellicht bekend. De RSZ-score en de risico-indicator zijn twee specifieke ratio's van Graydon die betrekking hebben respectievelijk op RSZ-betalingen en op een samengestelde score van financiële ratio's (samengesteld op basis van statistisch onderzoek).

	Knipperlicht	%
1	Niet-publicatie van de jaarrekening	52
2	Protesten op wissels	24,5
3	Dagvaarding RSZ	22
4	Negatieve rendabiliteit	19,5
5	Algemene schuldgraad > 100%	18
6	Bedrijfsleider eerder al gemeld in faillissementen	16
7	RSZ-score negatief	12,5
8	Vervroegde ontbinding	11
9	Risico-indicator uiterst negatief	2
10	Ongedekte cheques	1,5

Tabel 4: Meest voorkomende knipperlichten bij faillissementen

Een paar interessante vaststellingen:

- meer dan de helft van de failliet verklaarde ondernemingen had de laatste jaarrekening niet meer gepubliceerd;
- in zowat een kwart van de gevallen waren er problemen met geprotesteerde wissels;
- ander belangrijke indicatoren hadden te maken met RSZdagvaardingen en – als financiële indicatoren – een negatieve rendabiliteit en een grote schuldgraad;
- de meeste failliet verklaarde ondernemingen hebben meer dan één knipperlicht vertoond.

Het feit dat er heel wat mogelijke signalen optreden, leidt uiteraard tot een volgende vraag: zijn deze signalen wel vroeg genoeg te zien? Vandaar dat we de vraag stellen naar het eerste knipperlicht uit onze lijst

	Knipperlicht	Aantal maal eerste – %
1	Negatieve risico-indicator	30,60
2	Dagvaarding RSZ	12,96
3	Jaarrekening niet gepubliceerd	11,80
4	Protesten op wissels	11,68
5	Algemene schuldgraad > 100%	10,20
6	Bedrijfsleider eerder gemeld in faillissement	8,21
7	Vervallen schulden Fiscus/RSZ	7,80
8	Negatieve rendabiliteit	4,40
9	RSZ-score negatief	4,20
10	Vervroegde ontbinding	1,80

Tabel 5: Eerste knipperlicht bij faillissementen

Hier zien we dus dat in 30,6% van de faillissementen de – op basis van uitgebreid statistisch onderzoek samengesteld – risicoindicator wel degelijk zijn taak goed vervult: de risico-ondernemingen identificeren.

Hoe lang vóór het faillissement kunnen deze signalen zichtbaar worden? De volgende tabel geeft enkele indicaties hierover:

Knipperlicht	Aantal dagen vóór faillissement
Negatieve risico-indicator	609
Dagvaarding RSZ	735
Jaarrekening niet gepubliceerd	250
Protesten op wissels	420
Bedrijfsleider eerder gemeld in faillissement	837

Tabel 6: Eerste knipperlicht: hoe lang vóór het faillissement zichtbaar?

Hieruit kunnen we afleiden dat bepaalde signalen toch wel al zeer lang vóór het faillissement voor het eerst optreden.

Enige voorzichtigheid bij de interpretatie is hier natuurlijk wel aangewezen. Het is niet omdat een eerste signaal geruime tijd vóór het eigenlijke faillissement reeds zichtbaar is, dat de perfecte en tijdige voorspelling van een faillissement mogelijk is. Het zal inderdaad zo zijn dat deze negatieve knipperlichten niet alleen voor falende ondernemingen aan het knippen gaan, maar ook voor bepaalde ondernemingen die achteraf gezond gebleken en gebleven zijn. Dat belet niet dat deze uitgebreide lijst van knipperlichten, zeker in handen van een ervaren analist – en die zijn er op de meeste rechtbanken van koophandel in de personen van consulaire rechters – toch wel een machtig beoordelingsinstrument biedt, dat een vroegtijdige identificatie inderdaad moet mogelijk maken. In ieder geval een pak vroeger dan nu het geval is.

Daarnaast zijn er uit gesprekken en analyses van de werking van de rechtbanken van koophandel en van de kamer voor handelsonderzoek nog een aantal andere punten naar voren gekomen, die wellicht bijdragen tot de moeilijke werking van deze rechtbanken.

Een eerste punt zit in de grote aantallen niet meer actieve ondernemingen die de databestanden vandaag de dag «vervuilen». Ondernemingen die reeds drie jaar – soms nog langer – geen jaarrekening meer hebben neergelegd en die in een aantal gevallen trouwens niet meer actief blijken te zijn. Vormen die dan een probleem? In de praktijk wel: de beperkte mankracht van de kamers voor handelsonderzoek wordt eigenlijk voor een deel besteed aan het opsporen van deze ondernemingen. En een dergelijk proces kan toch behoorlijk wat tijd in beslag nemen. Gelukkig blijken daar toch een aantal veranderingen in op te treden. Met name in Antwerpen en Brussel (om maar die twee als voorbeeld te geven) zijn er inderdaad de jongste maanden «zuiveringsacties» begonnen, die er zouden moeten toe leiden dat men in de toekomst de aandacht kan toespitsen op die ondernemingen die nog echt actief zijn. Een moeilijke fase waar we hoe dan ook eerst door zullen moeten.

Een andere heikel punt blijft de situatie van startende ondernemingen. Het blijft nog altijd een zeer duidelijk fenomeen: in de faillissementen zit een groot aantal jonge ondernemingen. Dit zou wellicht kunnen worden verholpen door een betere voorbereiding en begeleiding van de startende ondernemers. Met name het financieel plan dat elke

ondernemer bij het oprichten van een vennootschap moet voorleggen, blijkt zelden een toetsing door een financieel expert te kunnen doorstaan. Een aantal initiatieven die starters begeleiden en opleiden kunnen daar zeker al verbetering in brengen, maar dat belet niet dat een ietwat ernstiger aanpak van het financieel plan zou kunnen helpen ongelukken te voorkomen.

Daarnaast zijn er zeker een aantal drempels voor een ondernemer die hem ervan weerhouden een gerechtelijk akkoord aan te vragen. Om te beginnen blijken heel wat ondernemers, op hun weg naar het faillissement (jammer genoeg sommigen ook reeds lang ervoor...), een aantal wetten en reglementen een beetje flexibel te interpreteren en te gebruiken. Dat heeft tot gevolg dat zij uiteraard zeer terughoudend zullen zijn, uit schrik voor een batterij aan boetes en straffen, de overheid te hulp te roepen voor hun tijdelijke problemen. Daarnaast is er wellicht de veel belangrijkere weerslag van de commerciële sanctie die een gerechtelijk akkoord meebrengt. In theorie mag een gerechtelijk akkoord geen aanleiding zijn om de «normale» samenwerkingsverbanden op de helling te zetten. In de praktijk blijkt het voor een onderneming die een gerechtelijk akkoord heeft aangevraagd erg moeilijk normale handelsrelaties met alle partners verder te zetten.

Voorts blijft de opdracht van de commissaris inzake opschorting vrij onduidelijk. De onderneming in moeilijkheden bijstaan bij het uitwerken van een herstelplan? In veel gevallen is de situatie waarin de onderneming zich bevindt een gevolg – of een symptoom – van het onvermogen van de ondernemer om een dergelijk plan uit te werken. Men kan dan ook moeilijk verwachten dat dat in een crisissituatie plotseling wel zou kunnen. Vandaar dat men in een aantal gevallen moet vaststellen dat er enkel een waardevol herstelplan komt als de commissaris inzake opschorting zijn taak zodanig ruim interpreteert, dat hij het grotendeels zelf opstelt, wat toch ook niet de bedoeling kan geweest zijn.

En wat dan met bevoorrechte schuldeisers? Die zijn er niet bij een gerechtelijk akkoord? Maar ze zijn er wel nog bij het faillissement. Op de koop toe zijn een aantal overheidsinstanties niet bereid – of wettelijk niet in staat – een gedeeltelijke opschorting of kwijtschelding van de schuld toe te staan. Overigens zijn zij in bepaalde gevallen beter af met een faillissement (waar zij vooraan in de rij staan) dan bij een gerechtelijk akkoord, in welk geval alle schuldeisers eenzelfde gedeelte van hun uitstaande schuld recupereren.

De werking van de kamers voor handelsonderzoek en de rechtbanken van koophandel zou heel wat verbeterd kunnen worden. Men kan alleen maar vaststellen dat heel wat mensen met een grote vakbekwaamheid hun ervaring en kennis beschikbaar stellen van de rechtbanken van koophandel en dat door een gebrek aan informatie, technische hulpmiddelen, mankracht enz. deze capaciteit vaak weinig doelmatig wordt gebruikt. Een degelijke organisatie van de kamers voor handelsonderzoek, ondersteund door een professionele infrastructuur, zou dat wellicht heel wat kunnen verhelpen.

We wensen dan ook deze bijdrage af te sluiten met een oproep om ideeën, initiatieven, ervaringen die kunnen dienstig zijn bij het uitwerken van concrete voorstellen tot verbetering van deze situatie, samen te brengen en te proberen te komen tot een coherent voorstel tot verbetering en aan-

passing, zowel van de wet op zich, als van de uitvoeringsmodaliteiten van het gerechtelijk akkoord.

Ir. Ludo THEUNISSEN
Directeur Graydon Impulscentrum voor Kredietmanagement
Vlerick Leuven Gent-Management School

AANGEKONDIGD

ALGEMEEN

J.G.L. VAN DER WEES en W.G. RENDEN, *Internet voor Juristen - Jaarboek 2000*, Deventer, Kluwer, 240 p., 82,50 fl.
R. HOLTMAAT (red.), *Eeuwige kwesties - 100 jaar vrouwen en recht in Nederland*, Deventer, Tjeenk Willink, 186 p.
De l'importance de la définition en droit, Brussel, Bruylant, 244 p., 2.300 fr.

BURGERLIJK RECHT

JURA FALCONIS (red.), *Actuele aspecten van verkeersaansprakelijkheid*, Brussel, Larcier, 192 p., 1.400 fr.
F. HERINCKX, *Répertoire notarial - Ventes judiciaires d'immeubles*, Brussel, Larcier, 382 p.
A.J.T. - *Basiswetboek - Editie 2000 - Volume I: Burgerlijk recht - Gerechtelijk recht*, Gent, Mys & Breesch, 1.196 p.
A. VERBEKE, I. PEETERS, K. CHRISTIAENS en J. BYTTEBIER, *Voorrechten, hypotheek en andere zekerheden 1996-97*, Gent, Mys & Breesch, 258 p.
M.A. VAN WIJNGAARDEN, *Hoofdstukken bouwrecht 3 - Aanvang en uitvoeringsduur van het werk* (vierde herziene druk), Deventer, Tjeenk Willink, 122 p., 63,50 fl.
L. WEYTS, *Nationaal contractenrecht - Deel I: Verkoop uit de hand - Vrijwillige openbare verkoop*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 382 p., 6.800 fr.
E. VAN DEN HAUTE, *Le règlement collectif de dettes et la possibilité de vente de gré à gré*, Diegem, Kluwer, 136 p., 2.500 fr.
A.S. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht - Deel I: De verbintenis in het algemeen* (Asser-serie - elfde druk), Deventer, Tjeenk Willink, 686 p., 165 fl.

STAATS- EN BESTUURSRECHT

S. DE TAEYE en W. WEYMEERSCH, *Procedures voor de Raad van State - 2e uitgave - 2000*, Gent, Mys & Breesch, 370 p., 4.950 fr.
B. BOUCKAERT en T. DE WAELE, *Ruimtelijke ordening en Stedenbouw in het Vlaamse Gewest*, Gent, Mys & Breesch, 232 p., 4.950 fr.
W.J. WITTEVEEN, H.R.B.M. KUMMELING en F.A.M. STROINK, *Het primaat van de politiek*, Deventer, Tjeenk Willink, 70 p., 46 fl.
G.D. MINDERMAN, J.P. BAHLMAN en H.R.B.M. KUMMELING (red.), *Verantwoording van klasse(n)*, Deventer, Tjeenk Willink, 212 p., 48 fl.
P. DE HAAN, *Het moderne bestuursrecht en de verhouding publiek-/privaatrecht* (preadvies voor de Christen Juristenvereniging), Deventer, eigen uitgave, 86 p., gratis.
R. VEKEMAN, *Ruimtelijke ordening en stedenbouw*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 660 p., 7.260 fr.

HANDELS- ECONOMISCH EN FINANCIËEL RECHT

A.J.T. - *Basiswetboek - Editie 2000 - Volume II: Handelsrecht - Strafrecht*, Gent, Mys & Breesch, 880 p.
F. DE CLIPPELE en Ph. LEPERE, A.J.T. - *Memo's - Binnenvaartrecht*, Gent, Mys & Breesch, 48 p.
P. ROOSE, *Wetboek van Koophandel - Derde editie 2000*, Gent, Mys & Breesch, 352 p.
F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Brussel, Bruylant, 1.104 p., 6.800 fr.
S. NOUWT en J. HOLVAST, *Toepassing van privacyregels op elektronische berichten* (ITeR-reeks nr. 24), Deventer, Kluwer, 226 p., 79,50 fl.
L. MOMMERS, *Knowing the law* (ITeR-reeks nr. 25), Deventer, Kluwer, 116 p., 47,50 fl.

J.B. HUIZINK, *Contractuele samenwerkingsvormen in beroep en bedrijf* (tweede druk), Deventer, Kluwer, 88 p., 33 fl.
R.J. BLOM, *Kernboekje faillissement, surseance en schuldsanering 2000/2002*, Deventer, Fed, 160 p., 47,50 fl.
P.J. SLOT en Ch.R.A. SWAAK, *De Nederlandse mededingingswet in perspectief*, Deventer, Kluwer, 300 p., 97,50 fl.
G. VAN SOLINGE en M.P. NIEUWE WEME, *Gedragsregels inzake een openbaar bod op aandelen*, Deventer, Tjeenk Willink, 878 p., 195 fl.
M.J.G.C. RAAIJMAKERS, *Vennootschaps- en rechtspersonenrecht* (vierde druk), Deventer, Gouda Quint, 554 p., 135 fl.
L. SCHOUPS (red.), *Jaarboek verzekeringen 2000 - Juridische praktijkgids*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 594 p., 7.900 fr.

GERECHTELIJK RECHT

A.J.T. - *Basiswetboek - Editie 2000 - Volume I: Burgerlijk recht - Gerechtelijk recht*, Gent, Mys & Breesch, 1.196 p.
H.G. PUNT, *Zakboek 2000 - Beslagrecht*, Deventer, Gouda Quint, 344 p., 55,50 fl.
W. SCHENK en J.H. BLAAUW, *Het kort geding - B. Bijzonder deel*, Deventer, Kluwer, 398 p., 108 fl.
H.J. SNIJDERS, *Nederlands Arbitragerecht*, Deventer, Kluwer, 340 p., 130 fl.
L. COENRAAD, *Het beginsel van hoor en wederhoor in het Romeinse procesrecht*, Deventer, Gouda Quint, 240 p., 64 fl.

STRAFRECHT EN STRAFPROCESRECHT

A.J.T. - *Basiswetboek - Editie 2000 - Volume II: Handelsrecht - Strafrecht*, Gent, Mys & Breesch, 880 p.
J. DE HULLU en W.E.C.A. VALKENBURG (red.), *Door Straatsburg geïnspireerde grondnormen voor het Nederlandse strafproces*, Deventer, Tjeenk Willink, 170 p., 44 fl.
Ph. HAMER en S. ROMANIELLO, *La responsabilité pénale des personnes morales*, Diegem, Kluwer, 74 p., 1.800 fr.
Vennootschappen weldra strafbaar, Brussel, Bruylant, 238 p., 1.900 fr.

ARBEIDS- EN SOCIALEZEKERHEIDRECHT

E. NIEUWDORP, *Sociale verkiezingen 2000*, Gent, Mys & Breesch, 234 p., 2.875 fr.

FISCAAL RECHT

P. WILLE, M. GOVERS en F. BORGER, *Fiscale rechtspraakoverzichten - B.T.W. 1971-1998*, Brussel, Larcier, 506 p., 4.600 fr.

EUROPEES RECHT

G. STEFANOU en H. XANTHAKI, *A legal and political interpretation of article 215(2) new article 288(2) of the Treaty of Rome*, Dartmouth, 236 p., 39,95 £.

MEDEDELINGEN

Voordrachtlunch: De bescherming van databanken

Op 19 mei 2000 organiseert de Vereniging voor de Studie van het Mededingsrecht te Brussel een lunch-causerie rond het thema «De bescherming van databanken». (door A.C. Delcorde)
Inlichtingen en inschrijvingen: Secretariaat, Woluwedal 46/18, 1200 Brussel, tel. 02/778.62.00 en fax 02/778.62.22.

Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht

JAN SMITS (ed.)
SOPHIE STIJNS (ed.)

2000; ISBN 90-5095-134-1; 396 blz.; 3.250 BEF

Juristen worden dagelijks geconfronteerd met onvolkomen contracten. Het aantal overeenkomsten met tekortkomingen, ook in internationale handelsdities, levert dagelijks kopzorgen voor advocaten, notarissen en magistraten. Een aantal eminente juristen heeft deze problematiek op een scherpe en innovatieve wijze geanalyseerd vanuit het Belgische en Nederlandse verbintenissenrecht.

Dit handige boek concentreert zich op een bespreking van contractuele "remedies". Deze term behoort niet tot de traditionele contractenrechtelijke terminologie, maar het gebruik ervan heeft als voordeel dat daarmee diverse acties kunnen worden aangeduid die toekomen aan contractanten in geval van een "teleurstellende overeenkomst". Nakoming, ontbinding, schadevergoeding, wilsgebreken, opschorting, en onvoorziene omstandigheden worden aldus onder één noemer gebracht. Daarvoor bestaat reden omdat deze acties onderling nauw samenhangen en slechts in een alomvattende bespreking op juiste wijze kunnen worden geanalyseerd.

Het boek bestaat uit twee gedeelten. In een eerste deel wordt ingegaan op de klassieke acties van de crediteur (nakoming, ontbinding, schadevergoeding, opschorting en imprevisie) en in het tweede op enkele bijzondere aspecten van contractuele remedies (proportionaliteit en subsidiariteit bij ontbinding, mededelingsplichten bij totstandkoming en uitvoering, boetebedingen, interest bij schadevergoeding en bezitsvorderingen bij contractuele wanprestatie). Deze mix van algemeen en bijzonder maakt de bundel tot een standaardwerk voor zowel wetenschappelijk als praktisch geïnteresseerde lezers.

Uit de inhoud:

- Recht op nakoming in het Belgisch en Nederlands contractenrecht (G. De Vries)
- Ontbinding van wederkerige overeenkomsten bij wanprestatie (S. Stijns)
- De verkrijging van schadevergoeding bij niet-nakoming (J. Smits)
- Opschortingsrechten bij niet-nakoming (C. Cauffman)
- Enkele beschouwingen betreffende het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (imprevisie-leer): omtrent de lotsverbondenheid van contractspartijen bij een gewijzigd contractueel verhoudingskader (L. Vael)
- De ontbinding wegens tekortkoming aan banden gelegd: de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit als nieuw referentiekader (T. Hartlief en M. Stolp)
- Mededelingsplichten bij totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten in Nederlands en Belgisch perspectief (M. Van Rossum)
- Het boetebeding in Nederland en België (H. Schelhaas)
- Interest bij schadevergoeding uit wanprestatie en onrechtmatige daad: kan de Hollandse nuchterheid bijdragen tot het vinden van een uitweg uit het Belgische labirint (B. de Temmerman)
- Bezitsvorderingen als zakenrechtelijke of goederenrechtelijke remedies voor contractuele wanprestaties (H. Vuye)

Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid

Een analyse van het systeem van administratieve rechtspraak in België

C. BERX

2000; ISBN 90-5095-045-0; 652 blz.; 4.750 BEF

In dit boek maakt dr. C. Bex een fundamentele analyse van het systeem van de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid. Het boek gaat uit van het recht van eenieder op toegang tot de rechter en van de eisen die dit grondrecht impliceren. Een van die eisen is transparantie. Transparantie met betrekking tot de precieze aard van het orgaan dat de rechtsbescherming moet verlenen - is het wel een rechter? - en met betrekking tot de juiste rechtsmachts- en bevoegdheidsafbakening tussen de diverse administratieve rechters. In dit licht wordt de huidige rechtsmachtsafbakening tussen de Raad van State en de burgerlijke rechter en de bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende administratieve rechtscolleges kritisch onderzocht. Vervolgens onderzoekt de auteur alle overige rechtsvragen met betrekking tot de oprichting, samenstelling, bevoegdheden en de werking van verschillende bijzondere administratieve rechtscolleges.

In een volgend hoofdstuk gaat de auteur, aan de hand van een grondige analyse van de gelijkenissen en de verschillen tussen de beginselen van behoorlijk bestuur en de beginselen van behoorlijke rechtspleging na of het onderscheid tussen de rechtsprekende handeling en de bestuurshandeling nog wel zo relevant is in het Belgische recht.

Achtereenvolgens komen het onafhankelijkheids- en onpartijdigheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het rechtzekerheids- en het vertrouwensbeginsel, het gelijkheids-, proportionaliteits- en redelijkheidsbeginsel, de rechten van de verdediging, de openbaarheid en het motiveringsbeginsel aan bod. Vervolgens analyseert de auteur de rechtsgevolgen die het nationale en supranationale recht verbindt aan de bestuursbeslissing resp. de rechterlijke beslissing.

Eens is aangetoond dat het onderscheid tussen beide soorten overheidshandelingen nog wel degelijk van belang is, formuleert de auteur een antwoord op de cruciale vraag naar de kenmerken van een rechterlijke handeling, alsook naar de eisen waaraan een overheidsorgaan c.q. -handeling moet beantwoorden om als rechterlijk te worden (h)erkend.

Omdat nogal wat zogenaamde rechters en rechtscolleges niet aan de gefundeerd vooropgezette eisen beantwoorden, rondt de auteur haar boek af met voorstellen tot een grondige hervorming van het systeem van rechtsbescherming van de burger tegen de overheid in België.

inter
sentia