

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

REDACTIEADRES : PROF. MR. RIDDER RENE VICTOR, BRITSELEI 40, 2000 ANTWERPEN

DE VERSTOTING IN HET BELGISCH RECHT

1. De plaatselijk hoge concentratie van Noordafrikaanse gastarbeiders, die met de Turken kunnen worden bestempeld als de vreemdelingen met ernstige aanpassingsproblemen, is een feit waarmee de Belgische rechtspraak meer en meer geconfronteerd wordt. Vooral het Noordafrikaans persoonlijk statuut, inzonderheid de verstoting, stoort de eigen rechtsopvattingen.

Dit artikel betreft hoofdzakelijk het Marokkaans mohammedaanse statuut (*mudawwana*), gecodificeerd in 1957 en sterk ingegeven door de orthodoxe traditie. Terloops wordt gehandeld over het Tunesisch statuut (*magalla*), gecodificeerd in 1956 en gekenmerkt door de Franse invloed. Ook het Algerijns statuut komt even ter sprake. Dit statuut is louter gewoonterechtelijk en niet gecodificeerd. Algerije aarzelt tussen de modellen van zijn beide buurlanden¹.

A. De Marokkaanse verstoting (talak)

§ 1. Begrip

2. Het huwelijk eindigt door het overlijden van een partner, geloofsafval, afwezigheid van de man, talak (verstoting door de man op eigen initiatief), *khoul* (verstoting door de man op verzoek van de vrouw) en *talq* (gerechtelijke echtscheiding).

De verstoting is de duidelijke, onvoorwaardelijke, eenzijdige en willekeurige, schriftelijke of mondelinge verklaring van de man, of zijn gevolmachtigde, waarbij hij in aanwezigheid van twee *adouls* een einde maakt aan het huwelijk.

84 % van de echtscheidingen gebeuren door verstoting (talak). Traditioneel is de instabiliteit het kenmerk van de mohammedaanse familie, hoewel voor de mohammedaanse wet de verstoting «de hatelijkste door God toegelaten zaak» is².

¹ Voor een uiteenzetting over het Noordafrikaans persoonlijk statuut zie men M. TAVERNE, *Le droit familial maghrébin*, Larcier, 1981, en ons artikel «Het Marokkaans persoonlijk statuut» in het oktobernummer van het tijdschrift van het Vlaams Pleitgenootschap Brussel of «Le statut personnel marocain», *T. Vred.*, 1980, 193-243.

² ABDUL RASID, *Le statut personnel*, Casablanca, 1965, p. 116.

De verstoting moet uitgesproken worden tegen een regelmatig gehuwde vrouw of tegen een vrouw in wachttijd ingevolge een voorafgegane herroepelijke verstoting.

Er wordt een fundamenteel onderscheid gemaakt tussen de herroepelijke en onherroepelijke verstoting.

De herroepelijke verstoting verbreekt de huwelijksband niet. Alle rechten en verplichtingen van de echtgenoten blijven voortbestaan, maar de man verliest elk recht op geslachtelijke omgang.

Tijdens de wettelijke wachttijd kan de man op zijn beslissing terugkomen door het echtelijk leven op duidelijke en ondubbelzinnige wijze te hervatten. De herroeping kan ook gebeuren in aanwezigheid van twee *adouls*. De herroeping is een eenzijdig recht van de man zodat met de wensen van de vrouw geen rekening wordt gehouden³.

Behoudens herroeping tijdens de wettelijke wachttijd, wordt de verstoting automatisch definitief.

De duur van de wettelijke wachttijd (*idda* of *istibra*) wordt bepaald in de artikelen 25 en 72 tot 79 van het statuut.

De wachttijd van de zwangere vrouw eindigt met de bevalling. De niet-zwangere weduwe moet vier maanden en tien dagen wachten (art. 25bis). In de andere gevallen van niet-zwangerschap geldt als gewone wachttijd de termijn van drie volle en zuivere menstruatieperiodes. Vanaf de menopauze wordt de wachttijd drie maanden. In geval van samenloop van verschillende soorten wachttijd, geldt de langste.

Indien het huwelijk niet voltrokken wordt, is er geen wachttijd en is de verstoting dadelijk onherroepelijk. Na twee herroepen verstotingen is de derde verstoting eveneens dadelijk onherroepelijk. De man moet dan aan de vrouw een symbolisch troostgeschenk (*mout'a*) geven, evenredig met zijn middelen en de stand van de vrouw, verminderd tot de helft bij verstoting vóór de voltrekking van het huwelijk (art. 60).

Tijdens de menstruatieperiode is de verstoting ongeldig en verplicht de rechter de man het echtelijk leven te hervatten.

³ Min. Omzendbrief Justitie, 17 jan. 1961, Al-Qada, Rabat, nr. 37, maart 1961, p. 349-350.

Alleen de mohammedaanse en de joodse Marokkanen zijn bekwaam te verstoten. Voor andere Marokkanen geldt uitsluitend de gerechtelijke echtscheiding.

Voor het bewijs van de verstoting legt artikel 48 de verplichting op een akte te laten opmaken door twee adouls. Aan de kadi wordt vervolgens de akte voorgelegd voor homologatie⁴.

Sedert de wet van 28 september 1974 op het burgerlijk procesrecht (art. 179) wijst de kadi naar aanleiding van die homologatie ambtshalve een bevelschrift waarin hij maatregelen treft inzake alimentatie voor de vrouw tijdens de wachttijd, haar verblijfplaats tijdens die periode, de vergoeding (mout'a) voor de vrouw, de betaling van een eventuele achterstallige huwelijksgift, de alimentatie voor de kinderen en het bezoekrecht van de vader.

Dit is de meest moderne vorm van verstoting, overigens de enige wettelijke vorm. In de praktijk zijn de Mudawwana (1957) en de procedurewet van 28 september 1974 nauwelijks bekend op het platteland, waar nog veel analfabetisme (in Marokko zijn er gemiddeld 48 % analfabeten) en, plaatselijk, berberse tegenstand heerst. De verstoting gebeurt dus niet eenvormig.

Dit gebrek aan eenvormigheid schept heel wat rechtsonzekerheid over de voor erkenning vatbare rechtsgevolgen van de verstoting.

§ 2. De kadi en de adoul

3. Voor «rechter» en «notaris» kent het Arabisch slechts één woord: «kadi». In de officiële Franse vertalingen door de Marokkaanse staat uitgegeven wordt eenvormig «juge» en soms «juge chargé des affaires notariales» gebruikt.

De kadi is door de openbare macht bekleed met de rechterlijke functie. Benevens scheidsrechter en rechter, is hij notaris en beschermer van de onbekwamen. Hij ziet toe op de uitoefening van de eredienst en neemt eraan deel met recht van politie. Ten slotte speelt hij nog een beperkte politieke rol.

De kadi stond steeds in hoog aanzien. Tot vóór de wet van 1974 die de rechterlijke organisatie van het land vaststelt, moest de mannelijke, geslachtsrijpe, om tot kadi te worden benoemd, mohammedaan bovendien godsvruchtig en oprecht zijn, de wet kennen en bekwaam zijn rechtsregelen tot stand te brengen.

Onder de kadi's waren er helden en martelaren. De klassieke mohammedaanse staatsopvatting is autocratisch en kent geen scheiding van de machten. Allah is de opperwetgever, vertegenwoordigd door de kalief of imam die alle machten in zich verenigt. De Profeet is de eerste kadi. Alle ambtenaren, waaronder de kadi, handelen krachtens machtsdelegatie die tegelijk een vertegenwoordiging behelst. De kadi is een alleen rechtsprekend rechter, bijgestaan door een consultatieve raad en de adoul (getuigen van de kadi).

⁴ Y. LINANT DE BELLEFONDS, «La répudiation dans l'Islam d'aujourd'hui», *Rev. int. dr. comp.*, 1962, 315; M. BORRMANS, *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, Parijs, Mouton, p. 210 en 216; LAPANNE-JOINVILLE, «Le code marocain de statut personnel», *Rev. jur. et pol. d'Outre-Mer*, 1959, 90; CHÉHATA, *Droit musulman*, Dalloz, 1970, nr. 159.

4. In het mohammedaans recht is het geschrift waardeeloos als bewijs omdat het kan worden vervalst: het bewijs bij uitstek is het getuigenis. De adoul is een door de kadi als betrouwbaar erkende en bijgevolg onwraakbare aangestelde getuige, wiens geheugenis a priori als waar wordt aanvaard. De rechtzoekende kan zich tot die getuige wenden om akte te doen nemen van een feit of overeenkomst. Het bewijs wordt bewaard door het document, waarin de verklaringen zijn opgenomen. Het eigene van het mohammedaans bewijsrecht bestaat erin dat het bewijs van de inhoud van een document niet voortvloeit uit het document zelf, maar uit de erin opgenomen getuigenissen. Het document zal derhalve moeten worden echt verklaard door andere getuigen, d.w.z. dat, wanneer de adoulgetuige schriftelijk akte genomen heeft van de verklaringen, andere getuigen zullen komen bevestigen dat het wel de adoulgetuige is die de akte geschreven heeft. In de Islam verliest het getuigenis aldus zijn eigen waarde van mondelinge verklaring over een gezien of gehoord feit en wordt het een proces-verbaal met schriftelijke echtverklaring van de inhoud ervan.

Geleidelijk wordt de rol van die adoulgetuigen belangrijk. Zij worden ambtenaren (de betrouwbare getuige wordt aldus geïnstitutionaliseerd) met opdracht de griffie te houden, het vonnis van de kadi in te nemen en buitengerechtelijke bevoegdheden uit te oefenen (notariaat, beheer van de goederen van minderjarigen en afwezigens).

Terwijl vroeger de rechtzoekende welwillende getuigen opzocht waarvan de betrouwbaarheid telkens door de kadi werd onderzocht, wendt hij zich nu tot de griffie ten einde daar zijn verklaringen te doen opnemen door twee adoulgriffiers.

De kadi zal onder aan de akte de khitab-formule toevoegen: «De twee adouls hebben verklaard. Zij werden vooraf als betrouwbaar erkend. Dit brengen wij ter kennis». Een dergelijke akte mag dan naar inhoud niet meer worden betwist aangezien zij het werk is van de adoul, d.w.z. van eerbare getuigen waarvan de rechter, door ze te erkennen en hun een officiële functie toe te vertrouwen, van tevoren heeft laten weten dat hij aan hun verklaringen geloof zou hechten.

De akte van de adouls heeft een gelijkaardige bewijskracht als onze notariële akten met dien verstande dat het authentiek karakter het gezamenlijk werk is van de kadi en de adouls (zie onze testamenten in aanwezigheid van één notaris en twee getuigen)⁵.

Samengevat kan worden gezegd dat, terwijl de hoofdpdracht van de kadi er aanvankelijk in bestond de betrouwbaarheid vooraf na te gaan, waarna hij, als het antwoord bevestigend was, de rechtsgeldigheid van het bewijs moest erkennen, hij nadien een lijst aanlegde van a priori betrouwbare getuigen die uiteindelijk zijn griffiers werden. De rol van de rechter lijkt er echter steeds in te bestaan te verklaren dat de getuigen de akte opgesteld hebben en dat ze betrouwbaar zijn (khitabformule).

De kadi is traditioneel bevoegd voor alle geschillen, zowel burgerlijke als strafrechtelijke. Hij houdt zitting in laatste aanleg. Hij past slechts een wet toe: de sharia, nl. de Koran en de Sounna (overlevering).

⁵ L. MILLIOT, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Parijs, Sirey, 1953, nrs. 860-877 en 920-936.

5. Sedert de wet van 11 november 1974 (art. 1-8) is de kadi in beginsel licenciat in de rechten of licenciat sharia, met twee jaar gerechtelijke stage, vijftien jaar baliepraktijk of tien jaar academische praktijk. Hij begint zijn loopbaan als rechter in de rechtbank van eerste aanleg, die in afdelingen o.a. van het persoonlijk statuut, is ingedeeld (wet van 15 juli 1974, art. 2).

Traditioneel is het Marokkaans notariaat belast met het persoonlijk statuut. Daartoe wordt een rechter gedelegeerd als notaris. De opvatting over de adoul is niet gewijzigd.

§ 3. Het Marokkaans I.P.R.

6. Het persoonlijk statuut wordt beheerst door de nationale wet van de betrokkenen, die ambtshalve moet worden toegepast.

In Marokko wordt aldus de vreemde interne wetgeving (niet de vreemde conflictenregeling) toegepast en is de *lex fori* nooit toepasselijk op vreemdelingen. De Marokkaanse openbare orde is in beginsel evenmin toepasselijk. Interne wetsconflicten tussen verschillende Marokkaanse persoonlijke statuten zijn nauwelijks denkbaar. Immers, voor de joodse godsdienst is het huwelijk van een jood met een niet-jood nietig. Bovendien mag de mohammedaanse vrouw niet huwen met een niet-mohammedaan zodat ze steeds aan de *mudawwana* onderworpen is. Alleen de mohammedaanse man kan een niet-mohammedaanse vrouw huwen op voorwaarde dat ze christen of jood is⁶.

In dat geval wordt de wet van de man, nl. de *mudawwana*, verkozen.

§ 4. De verstoting in het Belgisch rechtsverkeer

7. De staat, door een regelmatige titel verworven door een persoon, blijft zijn bezit waar hij zich ook bevindt, omdat die staat zich met zijn persoonlijkheid vereenzelvigt⁷.

De erkenning de plano van de bewijskracht van de buitenlandse titel, onder voorbehoud van controle, wordt gerechtvaardigd door de noodzaak de stabiliteit van de staat van personen in de internationale betrekkingen te verzekeren⁸.

Zowel de erkenning als de controle moeten aan de in art. 570 Ger. W. gestelde exequatur-voorwaarden beantwoorden⁹.

⁶ DECROUX, *Droit international privé*, Rabat, 1963, nr. 282; LINANT DE BELLEFONDS, o.c., II, nr. 706.

⁷ Over de oorsprong van de binding: D'ARGENTRÉ, *Commentaire sur la coutume de Bretagne*, art. 218, glose 6, nr. 4; BURGUNDUS, *Traité sur la coutume de Flandre*, nr. 12; BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes et statuts*, Parijs 1766, I, p. 603, 606 en 609; over het huidig begrip: Cass., 16 januari 1953, *Arr. Cass.*, 1953, 304, met conclusie van P.G. Hayoit de Termincourt.

⁸ Cass., 29 maart 1973, met conclusie van P.G. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Pas.*, 1973, I, 731; FRANCESCakis, noot onder Cass., 16 januari 1953, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1953, 813; BATIFFOL en LAGARDE, *D.I.P.*, II, 1971, 743, p. 462; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de D.I.P.*, 1954, nr. 310, p. 336; SIMON-DIPITRE, *D.I.P., problèmes actuels*, Parijs, 1964, p. 163.

⁹ F. RIGAUX, «L'efficacité des jugements étrangers en Belgique», *J.T.*, 1960, 292, nr. 15; FORIERS, «Des effets en Belgique

Immers, die voorwaarden zijn de toepassing op buitenlandse vonnissen van beginselen waarvan de naleving door de wetgever als wezenlijk worden beschouwd voor de geldigheid van elk vonnis¹⁰. Die toetsingsbevoegdheid behoort, bij vraag tot erkenning, tot de bevoegdheid van de ambtenaar van de burgerlijke stand, er als eerste mee belast over die erkenning te beslissen wanneer de Marokkaan hem een verstotingsakte overlegt voor overschrijving of kanttekening. De voor hem moeilijke beoordeling gebeurt onder het toezicht van de procureur des Konings (B.W., art. 53). Aan de procureur des Konings kan de ambtenaar van de burgerlijke stand steeds advies vragen.

Indien de ambtenaar van de burgerlijke stand de erkenning weigert, zal de Marokkaan aan de rechtbank van eerste aanleg de erkenning moeten vragen. De gemeente is in een dergelijk geding verwerende partij¹¹ en de voormelde rechtbank is bevoegd op grond van haar algemene bevoegdheid inzake de staat van personen (art. 569, 1°, Ger. W.).

Buiten dat geval kan de Marokkaan ook rechtstreeks, zonder enige betwisting door de ambtenaar van de burgerlijke stand, een vordering tot erkenning inleiden voor de rechtbank van eerste aanleg.

De gevolgen van de verstotingsakte worden de plano en voorlopig, tot betwisting door elke belanghebbende, erkend in België¹². De erkenning verschilt van de uitvoering van de vreemde akte. De rechterlijke controle (*exequatur*) moet elke uitvoerings- of dwanghandeling voorafgaan. Als dusdanig gelden de veroordeling tot het betalen van alimentatie of maatregelen nopens het hoederecht¹³.

8. Meestal komt het erkenningsprobleem slechts zijdelings ter sprake voor een uitzonderingsrechter: een Marokkaan, voor onverschillig welk gerecht, in het bijzonder de vrederechter, vervolgd, werpt soms incidenteel op dat hij zijn echtgenote verstoten heeft. De zaak doet zich meestal zo voor:

Fatima leidt voor de vrederechter een verzoekschrift in op grond van art. 213 B.W. (b.v. alimentatie staande het huwelijk), art. 221 (inkomstendelegatie staande het huwelijk) of art. 223 (voorlopige maatregelen staande het huwelijk). Mohammed werpt op dat Fatima zijn echtgenote niet meer is. Om bewijzen gevraagd legt hij een verstotingsakte over waaruit blijkt dat hij haar, hetzij vóór de inleiding van de vordering, hetzij staande het geding, verstoten heeft.

Alvorens ten gronde te beslissen moet de rechter dan uitmaken of Fatima en Mohammed nog gehuwd zijn.

Hetzelfde kan zich theoretisch voordoen naar aanleiding van het overleggen van een Marokkaans echtscheidingsvonnis, maar dergelijke vonnissen zijn in Marokko uiterst zeldzaam.

des jugements de divorce rendus à l'étranger», *Rev. droit int. et de droit comparé*, 1958, 160; noot VAN DER ELST, onder Cass., 4 oktober 1956, *Rev. crit. dr. int. privé*, 1957, 478; Min. omzendbrief Justitie, 13 maart 1980, *B.S.*, 1980, p. 3492.

¹⁰ Cass., 16 januari 1953, *Pas.*, 1953, I, 337.

¹¹ Hof Gent, 9 december 1976, *R.W.*, 1976-77, 2351.

¹² RIGAUX, *l.c.*

¹³ Conclusie P.G. Ganshof van der Meersch, *Pas.*, 1973, I, 730; BATIFFOL en LAGARDE, *D.I.P.*, II, 1971, nr. 747, p. 468-469.

a) Bevoegdheid van de vrederechter (of van elke uitzonderingsrechter)

Voordat wordt nagegaan aan welke criteria de erkenning van de verstoting door de ambtenaar van de burgerlijke stand en de rechtbank van eerste aanleg onderworpen is, moet dezelfde bevoegdheid van de vrederechter tot erkenning of verwerping, op incident, van de verstoting worden nagegaan. Ter zake zijn rechtspraak en rechtsleer verdeeld.

De ene vrederechter acht zich bevoegd, de andere betwijfelt dit, werpt ambtshalve zijn eventuele onbevoegdheid op een geschil over de staat van personen op bijkomstige wijze te beslechten door een vonnis over de onderhoudsvordering en verwijst de vraag over de staat van personen naar de bevoegde arrondissementsrechtbank die de vraag doorverwijst¹⁴ naar de rechtbank van eerste aanleg.

De grondvraag betreft de draagwijdte van de artikelen 593 en 569 Ger. W.:

«De vrederechter neemt kennis van de geschillen over de titel, die in ondergeschikt verband staan met de vorderingen die op geldige wijze voor hem aanhangig zijn» (art. 593).

«De rechtbank van eerste aanleg (kamer met drie rechters: art. 92, § 1, Ger. W.) neemt kennis van vorderingen betreffende de staat van de personen alsmede van alle geschillen tussen echtgenoten betreffende de uitoefening van hun rechten of betreffende hun goederen, met uitzondering van de aangelegenheden waarvoor de vrederechter bijzonder bevoegd is» (art. 569 Ger. W.).

Door toepassing van het beginsel dat de rechter van de vordering de rechter van de exceptie is, wordt de bevoegdheid van de uitzonderingsrechter uitgebreid tot betwistingen waarover hij ten principale onbevoegd is.

Wat de uitzonderingsrechters evenwel betreft beslissen sommige vonnissen dat de uitbreidingsmogelijkheid wordt beperkt door de noodzaak uitsluitend aan de beroepsmagistraten van de rechtbank van eerste aanleg de behandeling van de vorderingen betreffende de staat van personen te reserveren. Dit wordt verwezenlijkt door de prejudiciële verwijzing. Cambier bestrijdt die stelling en leert dat elke prejudiciële vraag in het gerechtelijk recht werd opgeheven¹⁵.

10. Het Hof van Cassatie leert dat geen prejudiciële verwijzing mogelijk is buiten een wettekst¹⁶. Zulk een tekst bestond zolang artikel 38 van de Bevoegdheidswet van 25 maart 1876 van kracht was. De vraag is niet onbelangrijk. Het risico van een verdeelde rechtspraak kan worden opgeworpen. Het Marokkaans recht is nog weinig gekend en de wijze waarop Marokko dat recht toepast is het nog minder. Door in zijn handen de verstotingsakten te verzamelen kan de procureur des Konings een eenmakende rol vervullen

m.b.t. de beoordeling door de rechtbanken van de toepassingsvoorwaarden van art. 570 Ger. W., vooral wanneer het erop aan komt te zeggen of de verstoting de Belgische internationaal privaatrechtelijke openbare orde of de verdedigingsrechten van de vrouw schendt.

Toch is in het Gerechtelijk Wetboek, dat de Bevoegdheidswet opheft, geen sprake meer van prejudiciële verwijzing. Bovendien wordt in het Gerechtelijk Wetboek geen mechanisme van prejudiciële verwijzing geregeld. Ook de vrederechter is derhalve bevoegd om incidenteel uitspraak te doen over de erkenning of verwerping van de verstoting.

De verwijzing stoort overigens ongetwijfeld de praktische werkwijze en het billijkheidsgevoel van de vrederechter: zij staat de snelle afhandeling in de weg van dringende geschillen waarbij de vrouw en de kinderen steeds het gelag betalen.

b) Voorafgaande voorwaarde: persoonlijk statuut, plaats en bevoegdheid

11. De voorafgaande voorwaarde van erkenning in België van de verstoting is dat de verstoting toegelaten wordt door het persoonlijk statuut van beide echtgenoten en dat ze geschiedde overeenkomstig dat statuut in een land waar de verstoting als wettelijke beëindigingswijze van het huwelijk bestaat¹⁷.

Het persoonlijk statuut van partijen en de plaats en de datum (omgezet in onze tijdrekening) van de verstoting moeten dus worden nagegaan.

De verstoting die in België, bv. op het consulaat, plaatsheeft is niet voor erkenning vatbaar. Immers, in België onderstelt de echtscheiding een gerechtelijke procedure en bezitten alleen de Belgische gerechten de bevoegdheid daartoe¹⁸.

De Marokkaanse man zal dus zijn Marokkaanse vrouw verstoten in Marokko of in een land dat de verstoting als ontbindingsmiddel van het huwelijk erkent. Hij doet dit persoonlijk of bij volmacht aan een vriend in Marokko (artikel 44 van het statuut).

c) Toetsing aan art. 570 Ger. W.: nationaliteit, kracht van gewijsde en authenticiteit

Art. 570, 3°, 4 en 5°, Ger. W. bepaalt dat de vreemde rechter niet enkel wegens de nationaliteit van de aanlegger bevoegd mag zijn, dat de beslissing in kracht van gewijsde moet zijn gegaan overeenkomstig de wet van het land waar ze gewezen is en dat de overgelegde uitgifte van de beslissing volgens dezelfde wet moet voldoen aan de voorwaarden gesteld voor haar authenticiteit.

De bedoeling van de eerste voorwaarde is de Belgen niet aan hun natuurlijke rechter te onttrekken. Krachtens art.

¹⁴ Voor de verwijzing naar de rechtbank van eerste aanleg: Arrond. Luik, 4 jan. 1979, *T. Vred.*, 1979, 192, met kritische noot C. PANIER, en *Rev.dr.fam.*, 1979, 326, met kritische noot J. VAN COMPERNOLLE; Arrond. Brussel, 2 maart 1981, *J.T.*, 1981, 328; tegen de verwijzing naar de rechtbank van eerste aanleg: Arrond. Charleroi, 6 jan. 1981, *J.T.*, 1981, 160.

¹⁵ C. CAMBIER, «Principes de l'organisation judiciaire», *Ann.dr. Louvain*, 1968, noot 44, p. 273.

¹⁶ Cass., 17 okt. 1955, *Pas.*, 1956, I, 134.

¹⁷ J. ERAUW, «Het 'openbare orde'-begrip en de erkenningsleer m.b.t. buitenlandse echtscheidingen», *R.W.*, 1976-77, 1992.

¹⁸ F. RIGAUX, V° «acte», *Rép.droit. int.*, nr. 75; F. RIGAUX, *Droit international privé*, Larcier, 1968, nr. 46; Hof Brussel, 11 december 1965, *R.C.J.B.*, 1970, 6 en 8 met noot F. RIGAUX; Rb. Brussel, 25 april 1969, *J.T.*, 1969, 408 en 30 oktober 1969, *J.T.*, 1970, 548.

570, 3°, wordt ook de bevoegdheid van de vreemde rechter onderzocht¹⁹.

Wat de tweede voorwaarde betreft moet voor ogen worden gehouden dat noch de verstoting zelf, noch de homologatie door de kadi, noch het bevelschrift gewezen krachtens artikel 179 van de wet van 28 september 1974 vatbaar zijn voor enig rechtsmiddel. De verstoting moet wel onherroepelijk zijn. Ten slotte moet de authenticiteit van de verstotingsakte blijken uit de gelegaliseerde handtekeningen van de auteurs ervan.

d) Toetsing aan art. 570 Ger. W.: openbare orde en verdedigingsrechten

13. De rechter onderzoekt «of de beslissing niets inhoudt dat in strijd is met de beginselen van openbare orde of met de beginselen van het Belgisch publiek recht» (art. 570, 1°, Ger. W.).

Hij onderzoekt bovendien «of de rechten van de verdediging geëerbiedigd werden» (art. 570, 2°, Ger. W.).

Inzake de erkenning van een buitenlandse akte of vonnis geldt de toetsing niet de Belgische interne openbare orde, maar de Belgische internationaal privaatrechtelijke openbare orde²⁰.

Traditioneel is dat vereiste bedoeld als verweermiddel tegen buitenlandse afwijkingen die de ongelijke behandeling van de Belgen in de hand zouden werken²¹.

Een wet van interne openbare orde is slechts van internationale openbare orde indien de wetgever daardoor een beginsel dat essentieel is voor de gevestigde morele, politieke of economische orde wil bekrachtigen²².

De huidige rechtsleer en rechtspraak beperken het begrip openbare orde, in het bijzonder inzake de erkenning van buitenlandse echtscheidingen, inzonderheid onder invloed van de wet van 27 juli 1960 die ongeacht de nationaliteit van partijen het beginsel van het overwicht van de *lex fori* bevestigt²³.

Vraag is of het instituut van de verstoting als dusdanig strijdig is met de internationaal privaatrechtelijke openbare orde.

Een gedeelte van de rechtspraak en rechtsleer beantwoordt de vraag ontkennend²⁴, maar weigert veelal toch de erkenning langs de omweg van de schending van de verde-

digingsrechten, een begrip dat een toepassing uitmaakt van het begrip internationaal privaatrechtelijke openbare orde²⁵. De vraag is uitermate kies.

14. *De verstoting en de homologatie.* — Artikel 48 van de *mudawwana* bepaalt dat van de verstoting een akte moet worden opgemaakt door twee adouls.

Artikel 179 van de Marokkaanse procedurewet bepaalt:

«(...) Lorsque le juge homologue un acte de répudiation, il rend d'office une ordonnance par laquelle il fixe la pension alimentaire de la femme pendant la retraite de continence, le lieu où est effectuée cette retraite, les indemnités dues à la femme, le paiement de l'arriéré de la dot, la pension alimentaire des enfants et régleme le droit de visite du père.

Cette ordonnance est exécutoire sur minute et n'est susceptible d'aucun recours.

Il appartient à la partie qui s'estimerait lésée de saisir la juridiction dans les formes ordinaires.»

Artikel 180 luidt:

«Lorsque le juge est saisi d'une procédure, il convoque immédiatement les parties à une audience. A cette première audience, les parties doivent comparaître en personne ou par leur représentant légal et il est toujours procédé à une tentative de conciliation.»

Homologatie en bevelschrift zijn voor geen rechtsmiddel vatbaar, maar de partij die zich benadeeld voelt moet haar vordering op de gewone wijze aanhangig maken bij de rechter. Alleen aan deze rechter wordt de verplichting opgelegd dadelijk de partijen op te roepen.

15. Voorstanders van een gemakkelijke erkenning van de verstoting beweren dat de rechterlijke homologatie eigenlijk een handeling van contentieuze rechtspraak is, omdat de vrouw aanwezig is en haar middelen kan doen gelden.

In artikel 179 wordt echter de vrouw, al laat ze verstek gaan, niet vermeld als partij. Dit hoeft niet te verwonderen: de verstoting is uiteraard eenzijdig en willekeurig. Van Marokkaanse zijde vernamen wij wel dat geen kadi nog een verstotingsakte homologeert buiten de aanwezigheid van de vrouw. Dit komt ons ongeloofwaardig voor aangezien een dergelijke praktijk in strijd is met de gehele islamitische traditie en rechtsopvatting²⁵. Het bewijs van deze beweerde pretoriaanse regel is — ook al mocht hij bestaan — bezwaarlijk bij te brengen wanneer men weet dat de Marokkaanse rechtspraak — en de vraag rijst of de verstoting wel een jurisdictionele handeling is — zelden gemotiveerd is, laat staan gepubliceerd wordt en dat de wet geïnterpreteerd en aangevuld wordt door ministeriële omzendbrieven. Nooit hebben we in een verstotingsakte enig spoor van deze beweerde regel aangetroffen. Bovendien is, zoals eerder gezegd, de kennis van de *mudawwana* van 22 november 1957 (artikel 48) en a fortiori ook de wet van 28 september 1974 (artikel 179) onder de bevolking van Marokko nog niet

¹⁹ Zie hierover Rb. Antwerpen, 10 juli 1930, *Pas.*, 1930, III, 149.

²⁰ H. VAN HOUTTE, «Erkenning van buitenlandse akten en vonnissen», nr. 23, in *Actuele problemen van burgerlijke stand*.

²¹ Noot GOTHOT onder Cass., 29 maart 1973, *R.C.J.B.*, 1975, 572; A. ABRAHAMS, «Le divorce des Belges prononcé à l'étranger», *J.T.*, 1958, 378.

²² Cass., 4 mei 1950, *Pas.*, 1950, I, 624; RIGAUX, *Précis de D.I.P.*, nr. 173 b; Cass., 29 maart 1973, *J.T.*, 1973, 389.

²³ VAN HECKE en RIGAUX, «Examen de jurisprudence», *R.C.J.B.*, 1965, 353; Hof Gent, 5 juni 1968, *Pas.*, 1968, II, 242; Hof Luik, 23 april 1970, *Pas.*, 1970, II, 183; Hof Brussel, 30 juni 1972, *J.T.*, 1973, 143.

²⁴ Rb. Brussel, 30 juni 1972, *J.T.*, 1973, 143; Hof Brussel, 17 december 1974, *J.T.*, 1975, 279; Rb. Brussel, 13 maart 1974, *J.T.*, 1975, 171; LENOBLE, «La répudiation en D.I.P. belge», *J.T.*, 1975, 167, nr. 21, oefent kritiek uit op dit laatste vonnis.

²⁵ Vred. St.-Jans-Molenbeek, 17 februari 1978, *J.T.*, 1979, 255; Vred. Brussel I, 3 mei 1978, *T. Vred.*, 1979, 4; PHILONENKO, «La notion de l'ordre public international», *Clunet*, 1952, 780; Cass. fr., 19 februari 1952, *J.C.P.*, II, 7009, note CHAUVEAU.

²⁶ LINANT DE BELLEFONDS, o.c., nr. 927.

doorgedrongen. Wat moet dan worden gedacht over de bedoelde pretoriaanse regel²⁷?

Sommigen beweren dat de rechterlijke homologatie een handeling van oneigenlijke rechtspraak is²⁸. Dit lijkt voorts nog evenmin bewezen.

16. *De homologatie naar Belgisch recht.* — De homologatie heeft een niet-contentieus karakter: de rechter treedt niet op met het oog op de beëindiging van een betwisting, maar integendeel ten einde de overeenkomst van de verzoekers alle gevolgen te doen sorteren²⁹.

De rol van de rechter is evenwel verre van passief: indien hij slechts de plechtige getuige was van de verklaring van de partijen, zou hij nooit de homologatie kunnen weigeren, tenzij misschien voor overeenkomsten in strijd met de openbare orde of de goede zeden. Zijn opdracht zou er dan in wezen een zijn van authenticering en de gevolgen ervan zouden zeer beperkt zijn zodat er geen enkel bezwaar zou zijn die opdracht toe te vertrouwen aan een notaris of een openbaar officier.

Indien de homologatie evenwel wordt toevertrouwd aan de rechter impliceert dit iets anders dan een louter receptieve handeling: de homologatierechter moet de aanspraken van de verzoekers toetsen aan de wettelijke vereisten en hij mag slechts homologeren indien aan de wettelijke voorwaarden is voldaan, wat een rechterlijke beoordeling onderstelt.

Wat voor het overige de homologatiefunctie kenmerkt, is dat de rechterlijke beslissing geënt wordt op een voorafbestaande rechtshandeling. De wil van de auteur van die rechtshandeling is op zichzelf onmachtig om de beoogde rechtsgevolgen te sorteren: de rechterlijke tussenkomst zal dit bewerken.

De gehomologeerde akte is een overeenkomst en een rechterlijke uitspraak. Daarom en omdat de rechter in beginsel slechts geïnformeerd wordt door het dossier van de verzoekers, heeft hij ruimere onderzoeksmachten, zonder evenwel de verdedigingsrechten in het gedrang te mogen brengen³⁰.

17. *Notarieel optreden van de Belgische rechter.* — Het Gerechtelijk Wetboek kent een procedure die enige gelijkennis vertoont met de verstotingsprocedure, nl. de akte van bekendheid.

Benevens het geschreven bewijs, het getuigenbewijs, het bewijs door vermoedens, de bekentenis en de eed, kent het Burgerlijk Wetboek nog het bewijs door algemene bekendheid en de akte van bekendheid (artt. 70-71bis; art. 600 Ger. W.).

De twee laatste zijn varianten van het getuigenbewijs.

De akte van bekendheid stamt uit het gewoonterecht, meer bepaald uit de «ordonnance» van Lodewijk XIV van april 1667 op de hervorming van het burgerlijk gerecht, en

was gebaseerd op het geloof, dat aan de verklaringen van personen, levend in een besloten kring, mocht worden aangehecht.

De akte van bekendheid is een akte verleden voor een openbaar officier, waarbij minstens twee geloofwaardige personen zonder eed een feit dat ze beweren te kennen, bevestigen. De akte van bekendheid verschilt van het getuigschrift doordat de auteur van dit laatste een feit bevestigt dat hem persoonlijk bekend is, terwijl in de akte van bekendheid de opsteller verklaringen opneemt die voor hun door derden worden afgelegd.

De bedoeling van de akte van bekendheid bestaat erin aan belanghebbende personen het enig middel te verschaffen ten einde een feit te bewijzen dat hun rechten grondslag geeft of die rechten te doen erkennen, terwijl geen rechtsvordering aanhangig is, ze geen tegenpartij zullen ontmoeten en geen getuigenverhoor kan worden gehouden.

Zowel de notaris als de vrederechter kunnen akten van bekendheid verlijden. Zij, de griffier en de getuigen alléén tekenen de akte.

De akte van bekendheid bezit dezelfde bewijskracht als de authentieke akte zodat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de waarde van de vaststellingen van de opsteller van de akte en de oprechtheid van de verklaring van de getuige.

De verschijning van de getuigen, de datum en de plaats van de akte en de persoonlijke vaststelling van de verklaring van de getuige zijn bewezen tot uitgemaakt is dat er vervalsing is. Dit is niet het geval wat de oprechtheid van de verklaring van de getuige betreft. Behoudens het geval dat de akte van bekendheid aan bijzondere vormvoorschriften (bv. artt. 70-72bis B.W.) beantwoordt en van de akte van bekendheid nog slechts de naam heeft, aangezien zij tot stand komt na confrontatie en tegenspraak van het openbaar ministerie, wat die akte het karakter van volledig wettelijk bewijs geeft, heeft de akte van bekendheid dezelfde bewijskracht als het getuigschrift en mag zij dus door het tegenbewijs worden bestreden³¹. Het opstellen van de akte van bekendheid behoort theoretisch tot de willige rechtspraak. Van enige rechtspraak is echter nauwelijks sprake en wanneer men weet dat ook de notaris een dergelijke akte mag opstellen, dan rijst meteen de vraag of het nog wel om rechtspraak gaat en niet veeleer om een notariële bevoegdheid aan de rechter verleend. De tekst van artikel 1 van de wet van 25 ventôse jaar XI zet deze stelling kracht bij: in beginsel is de notaris bij uitsluiting bevoegd om alle akten en contracten te verlijden waaraan de partijen authentiek karakter willen of kunnen doen geven.

De bevoegdheid werd nadien door de notaris gedeeld met de vrederechter (art. 600 Ger. W.).

Ten slotte is nog vermeldenswaard dat de akte van bekendheid en de verstotingsakte stammen uit dezelfde besloten gewoonterechtelijke maatschappij (familie, stam), waar alle leden elkaar kennen.

18. *De homologatie naar Marokkaans recht.* — De homologatie naar Belgisch recht is een jurisdictionele handeling geënt op een overeenkomst en onderstelt de mogelijk-

²⁷ Noot M. TAVERNE, onder Hof Brussel, 30 juni 1981, *J.T.*, 1981, 657.

²⁸ LENOBLE, *l.c.*; Hof Brussel, 30 juni 1981, *J.T.*, 1981, 655-656.

²⁹ I. BALENSI, «L'homologation judiciaire des actes juridiques», *Rev. trim. dr. civ.*, 1978, 50, nr. 13.

³⁰ BALENSI, *o.c.*, p. 58, nr. 29; p. 60, nr. 32; p. 76, nr. 55; p. 78, nr. 58.

³¹ Zie *R.P.D.B.*, compl. I, tw. «Acte de notoriété»; *Rép. not.*, tw. «L'acte de notoriété».

heid een verregaand rechterlijk onderzoek uit te voeren. Welnu, de Marokkaanse verstoting (talak) is geen overeenkomst en de Marokkaanse rechter heeft bij zijn homologatie van de verstoting geen enkele bevoegdheid ten gronde. Hij stelt alleen vast wat de twee adouls schriftelijk verklaard hebben, ervan uitgaande dat ze beiden betrouwbaar zijn. Het komt er eigenlijk op neer dat de rechter verklaart dat de twee getuigen deugdzzaam zijn en daarom het vertrouwen genieten. Om die reden moet hun verklaring als juist beschouwd worden³².

Ook in België treedt de rechter soms op als notaris en niet als rechter, nl. bij het opstellen van de akte van bekendheid.

Verder dient voor ogen gehouden te worden dat de kadi nu eens rechter is, dan weer rechter gedelegeerd als notaris.

Uit het statuut van de Marokkaanse magistraat (wet van 15 juli 1974 tot vaststelling van de rechterlijke inrichting van het Koninkrijk) blijkt dat de notaris rechter is, nl. een rechter belast met de notariële zaken. Traditioneel moet de rechter-notaris de belangen van vrouw en kind vrijwaren. Dit is ook voor de Belgische notaris een beroepsplicht.

De Marokkaanse homologatie heeft dus niet de inhoud van de Belgische homologatie: ze staat gelijk met de authenticisering van een eenzijdige verklaring naar Belgisch notarieel recht.

Dit houdt meteen in dat de Marokkaan onmogelijk kan beweren dat de verdedigingsrechten van de vrouw geëerbiedigd werden.

19. *De verdedigingsrechten van de vrouw.* — Met verdedigingsrechten wordt de vraag bedoeld of het rechtsgeding met een regelmatige akte van rechtsingang begon, of de pleiter er behoorlijk vertegenwoordigd werd, of de instructie op tegenspraak is gebeurd. In voorkomend geval controleren de rechtbanken de omstandigheden waarin een veroordeling bij verstek werd uitgesproken³³. Bij de verstoting en bij de «homologatie» is de vrouw echter van geen tel, hoewel artikel 179 van de Procedurewet bepaalt dat de kadi na de homologatie ambtshalve maatregelen beveelt inzake alimentatie, verblijfplaats en bezoekrecht.

Zoals bij de verstoting bestaat er noch een gedinginleidende akte, noch tegenspraak, noch rechtsmiddel en kan elke benadeelde persoon een vordering aanhangig maken bij een rechter.

Aangezien bovendien het «bevelschrift» volgend op de «homologatie» in hetzelfde raam tot stand komt, kan het eveneens slechts doorgaan als eenzijdige notariële akte. De verdedigingsrechten van de vrouw worden dan ook op de meest volledige wijze miskend bij het totstandkomen van de verstoting en van haar gevolgen, totstandkoming die geschiedt buiten elk proces om, voor een rechter die geen andere functie heeft dan die van notaris. Niettegenstaande de redactie van artikel 179, is en blijft de verstoting een door de man eenzijdig, willekeurig en privaat aan de vrouw opgedrongen echtbreuk, die de vrouw en de kadi alleen maar kunnen constateren.

Alleen het beklag van de benadeelde partij wordt ingeleid voor een gerecht, nl. een rechter die als rechter zitting

houdt, en geeft aanleiding tot een gedinginleidende akte en een procedure op tegenspraak.

20. *Belgische internationaal-privaatrechtelijke openbare orde.* — Van alle wijzen van verbreking van de huwelijksband staat de verstoting het verst van onze opvatting over de echtscheiding en, veel erger, van onze opvatting over het gezin gebaseerd op de gelijkheid van man en vrouw.

De willekeurige verstoting, een voorrecht van de man om naar goeddunken aan het huwelijk een einde te maken, houdt die ongelijkheid noodzakelijk in stand³⁴.

De bekommernis om een permanente en uniforme werking van staat en bekwaamheid (90), uitgedrukt door het beginsel dat de staat, door een regelmatige titel verworven door een persoon, zijn bezit blijft waar hij zich ook bevindt, omdat die staat zich met hem vereenzelvigt, weegt echter zwaar.

Het Hof van Beroep te Brussel overwoog dan ook in zijn arrest van 17 december 1974³⁵ dat de de plano erkenning steunt op de noodzaak de stabiliteit te verzekeren van de staat van personen in het internationaal verkeer.

Art. 570 Ger. W. bekrachtigt het beginsel van extraterritoriale gelding van het persoonlijk statuut, is ook de laatste rem op de erkenning van vonnissen van staat die de wetgever wil vergemakkelijken.

Men kan dan ook moeilijk de gangbare, soepelere erkenning op zichzelf inroepen om wat uit den vreemde komt kritiekloos te accepteren. Aan de andere kant zal de rechter soms moeten oordelen dat het minder storend en onbillijk zou zijn sommige door afwijkingen verworven rechten te erkennen, dan een versteende rechtstoestand open te breken.

21. De geldigheid van de verstoting aanvaarden komt niet overeen met een versoepeld begrip van de openbare orde inzake echtscheiding, maar impliceert eigenlijk de opheffing zelf van elke openbare orde, wegens de radicale tegenstelling met onze gezinsopvatting van gelijkheid tussen man en vrouw³⁶⁻³⁷.

Door tweemaal op het advies van advocaat-generaal Geyskens uitdrukkelijk te beslissen dat de Marokkaanse verstoting de Belgische internationaal-privaatrechtelijke openbare orde schendt wegens de schending van de gelijkheid tussen man en vrouw heeft het Hof van Beroep te Brussel ter zake de rechtszekerheid in de hand gewerkt³⁸.

De redenen waarom vroegere rechtspraak de schending van de internationaal-privaatrechtelijke openbare orde niet opwierp kunnen van velerlei aard zijn. Zo is de rechtspraak

³⁴ LINANT DE BELLEFONDS, o.c., II, nr. 902.

³⁵ Hof Brussel, 17 december 1974, *J.T.*, 1975, 279.

³⁶ Zie ook de noot van Y. LOUSSOUARN onder Trib. de la Seine, 26 oktober 1959, *Rev.crit. de droit int. privé*, 1960, 354; in dezelfde zin, noot van R. JAMBU-MERLIN onder App. Tunis, 10 maart 1951, *Rev.crit. de droit int. privé*, 1953, 119; noot FORIERS onder Hof Brussel, 22 mei 1956, *J.T.*, 1956, 492.

³⁷ Over de verstoting schrijft LALIVE (*Clunet*, 1965, 920): «La répudiation qui ne permet pas à chacun des époux de se défendre devant une autorité qui instruit la cause est inconciliable avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse.»

³⁸ Twee arresten gewezen op 30 juni 1981 door de derde kamer, *J.T.*, 1981, 655-656.

³² Zie nr. 4.

³³ A. FETTWEIS, *Bevoegdheid*, 1971, p. 238.

zeker beïnvloed door de Franse rechtspraak die de verstoting, aanvankelijk wellicht om redenen van politieke rust in de koloniën en protectoraten, erkende. Bovendien is te lande de juridische literatuur over het islamitisch persoonlijk statuut zeer beperkt zodat de veelvormigheid van de verstoting niet wordt ingezien.

Verder kan de rechtspraak het opportuun geoordeeld hebben zich niet tegen de verstoting te verzetten wegens de soms grote concentratie van Mohammedanen, bv. de Marokkanen te Brussel, hoewel het dan de vraag is of we niet eerder van de Marokkanen die hier verblijven, de tweede generatie dikwijls zonder idee van terugkeer, zouden mogen eisen dat ze uit de echt scheiden volgens de Belgische procedure.

Ten slotte kan de rechtspraak gemeend hebben dat, voor zover de gevolgen van de verstoting op gelijkaardige wijze geregeld worden als de echtscheiding in België, de verstoting aanvaardbaar is. Wie weet heeft de verstoten Marokkaanse vrouw het in België dan zelfs niet beter dan haar gehuwde geslachtsgenoten en geniet ze bovendien rechtszekerheid. Dit laatste moet echter worden gerelativeerd door de mogelijke negatieve gevolgen inzake verblijfs- en arbeidsvergunning.

22. Wanneer Erauw³⁹ algemeen over de verstotingsprocedure schrijft «dat slechts sommige de uitkomst zijn van een werkelijk geding of van een procedure van werkelijke rechtsmacht, terwijl andere worden gekenmerkt door een weinig relevante ambtelijke tussenkomst met het oog op bewijs of administratieve kennisgeving. In het algemeen kan men spreken van een notarieel akte nemen van een privé rechtshandeling», heeft hij het dus bij het rechte eind, en, wat Marokko betreft, dan nog enkel in zijn tweede onderstelling. Geen enkele verstoting is er immers de uitkomst van een werkelijk geding.

De Zwitserse en Italiaanse rechtspraak weigert eveneens de verstoting te erkennen, terwijl Vischer meent dat ze moet worden erkend indien de verstoten vrouw zelf de erkenning van de verstoting vraagt⁴⁰. De Franse rechtspraak reageert selectief en erkent de verstoting wanneer geen schending van rechten wordt opgeworpen, of wanneer de verstoting overeenstemt met een echtscheiding door onderlinge toestemming, of nog wanneer ze aanvaard of veroorzaakt werd door de vrouw⁴¹.

23. *Beperkte erkenning.* — Meestal komt de betwisting slechts zijdelings ter sprake voor de uitzonderingsrechter geroepen om orde op gezinszaken te stellen, of althans in wat ervan overblijft. De man poogt soms die tussenkomst te ontwijken door een verstoting.

³⁹ ERAUW, *l.c.*, kol. 1990.

⁴⁰ Tribunal fédéral suisse, 8 februari 1962, *Clunet*, 1965, 919, noot LALIVE; Zürich, Bezirksgericht, 26 november 1963, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1964, 289; Hof Milaan, 14 december 1965, *Rivista di dir. int. privato*, 1966, 381; Cass. Italië, 5 december 1969, *Riv. dir. int. priv.*, 1970, 868; VISCHER geciteerd door P. MERCIER, *Conflits de civilisation et droit international privé. Polygamie et Répudiation*, Genève, 1972, p. 79, noot 2.

⁴¹ Trib. gr. inst. Seine, 26 oktober 1959, *Clunet*, 1960, 814; idem, 23-mei 1960, *Clunet*, 1961, 750; idem, 17 april 1962, *Clunet*, 1963, 150; BELLET, «La jurisprudence du tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers», *Travaux du comité français de D.I.P.*, 1964, 259-270.

Indien de vrouw die verstoting betwist mag ze niet worden erkend, ongeacht het antwoord op de vraag of de man slechts verstootte om de rechter onbevoegd te maken.

Deze radicale juridische oplossing tegen wat veelal niets anders is dan echtscheidingstoerisme, al is het dan naar eigen vaderland, waarbij de man van een zonnige vakantie in Marokko gebruik maakt om van vrouw te veranderen, mag ons niet blind maken voor menselijk leed, veiligheid en rechtszekerheid op andere vlakken, zodat de Belgische rechter de sanctie niet ambtshalve moet toepassen. Het past immers zich soms neer te leggen bij verworven, als het ware versteende toestanden tussen de ex-echtgenoten. Het zal overigens de meest voorkomende houding zijn van de Marokkaanse vrouw die veelal doordrongen is van eeuwenoude tradities van religieuze onderwerping aan de man. In de praktijk betwist de Marokkaanse vrouw slechts zelden de verstoting door een rechtstreekse vordering tot nietigverklaring.

B. De Algerijnse en de Tunesische verstoting

24. Een Tunesische of Algerijnse verstoting is veel zeldzamer in België. Wanneer de Algerijn zijn vrouw wil verstoten, wordt de zaak door een van beide echtgenoten ahangig gemaakt voor de Algerijnse rechter. De man bezit een absoluut recht het huwelijk te ontbinden en de rechter heeft geen andere functie dan dit in een akte op te nemen en officieel te maken.

In tegenstelling tot de zuiver particuliere Marokkaanse verstoting heeft de Algerijnse verstoting een gerechtelijk karakter. Het is echter slechts een gerechtelijk vernisje op een zuiver soevereine en willekeurige macht van de man. Het komt ons daarom voor dat de Algerijnse verstoting even strijdig is met de Belgische internationaal-privaatrechtelijke openbare orde.

25. De Tunesische verstoting verschilt radicaal. De rechtbank spreekt de echtscheiding uit op verzoek van de man of van de vrouw. De rechter doet uitspraak over het bedrag van de schadevergoeding die een partij eventueel toekomt (art. 31, 3°, van het statuut). De rechtspraak ging een zeer interessante weg op. Bij het eenzijdig op gang brengen van de vordering tot echtscheiding zonder wettige redenen vermoedt de rechter rechtsmisbruik. Immers, mag men een handeling met dergelijke zware gevolgen verrichten zonder ernstige rechtvaardiging? De schadevergoeding wordt geraamd in verhouding tot de geleden schade, de toestand en het milieu van de partijen en de omstandigheden van de zaak.

Het toegekend bedrag wordt gemotiveerd: de rechter houdt rekening met het sociaal statuut van de vrouw en het feit dat haar een gelukkig gezinsleven ontzegd wordt. De vergoeding houdt rekening met de gehele schade veroorzaakt door de abusieve echtscheiding, inzonderheid de duur van het huwelijk, de aanwezigheid van kinderen, de bijzondere toestand van de echtgenoten, de omstandigheden van het geval en de psychische schok door de echtscheiding veroorzaakt⁴².

⁴² Zie hierover BORRMANS, «Divorce et abus de droit en Tunisie», *Rev. de l'Inst. des Belles Lettres Arabes*, 1967, 271-272.

Een dergelijke rechtspraak getuigt van een genuanceerde bekommernis de echtelijke en processuele gelijkheid te verwezenlijken niettegenstaande het zwaar gewicht van een eeuwenlange tegengestelde mohammedaanse traditie.

In de mate waarin het proces met eerbiediging van de verdedigingsrechten gevoerd werd, en op het eerste gezicht is er daartoe geen reden tot twijfel, mag de Tunesische verstoting in de Belgische interne rechtsorde worden erkend.

Er mag dan immers worden aanvaard dat haar rechten niet werden gekrenkt door ongelijke behandeling en dat de vrouw haar regelmatig in de vreemde verworven staat wil behouden krachtens het permanentiebeginsel van de staat van personen.

C. Gevolgen van de verstoting

§ 1. Het hoederecht

26. Traditioneel behoort het mohammedaans kind toe aan zijn vader⁴³. Anderzijds vertrouwt artikel 99 van het Marokkaans statuut de hoede van het kind na de ontbinding van het huwelijk toe aan de moeder. Hetzelfde geldt in Algerije, terwijl voor de Tunesische wet het welzijn van het kind als criterium geldt.

Bij betwisting in België is de jeugdrechtbank bevoegd uitspraak te doen over het hoederecht en het bezoekrecht (art. 302 B.W.). Bij een tegenvordering of samenhangende vordering is de jeugdrechtbank eveneens bevoegd uitspraak te doen over de alimentatievordering ten gunste van de kinderen, gegrond op art. 203 B.W. (niet op art. 221 B.W.; zie artt. 1253bis e.v. Ger. W.).

In alle andere gevallen bezit de vrederechter exclusieve bevoegdheid inzake alimentatie voor man, vrouw en kinderen (art. 591, 7°, Ger. W.).

In beginsel moet de Belgische rechter op gescheiden magrebijnse echtgenoten hun statuut toepassen. In de praktijk roept de Belgische rechter evenwel het welzijn van het kind in als fundamenteel criterium van openbare orde. Ten einde de erkenning van dergelijke beslissingen in de Magreblanden te vergemakkelijken handelt de Belgische rechter voorzichtig door uitdrukkelijk het persoonlijk statuut van de belanghebbenden te vermelden waar de toepassing ervan met het welzijn van het kind strookt. Het komt immers niet zelden voor dat, na een toewijzing van het hoederecht aan de moeder, de man in zijn land van herkomst, en liefst bij verstek van de vrouw het hoederecht van al dan niet ontvoerde kinderen krijgt met een wekelijks bezoekrecht voor de in België verblijvende moeder.

27. Er moet wel worden vastgesteld dat Noordafrikanen op het stuk van het welzijn van het kind dikwijls andere opvattingen huldigen dan Europeanen. De man zal zich soms met veel moeite neerleggen bij de toewijzing van het hoederecht aan de moeder. Misschien poogt hij de kinderen aan de schoolpoort of bij gelegenheid van de uitoefening van het bezoekrecht te ontvoeren ten einde hen in zijn land van herkomst «in veiligheid te brengen».

Staande het huwelijk verstrekt artikel 223 B.W. en artikel 1280 Ger. W. de mogelijkheid om door de vrederechter

respectievelijk de president van de rechtbank van eerste aanleg een verbod te doen opleggen het Belgisch grondgebied in gezelschap van het kind te verlaten. Buiten het huwelijk kan de president ingrijpen krachtens artikel 584 Ger. W.

Het systeem is goed, maar de uitvoering van het bevelschrift is niet volkomen waterdicht, aangezien elk jaar een twaalfstal dramatische gevallen van ontvoering van kinderen gemeld worden. Door middel van een ministeriële omzendbrief zou het verlaten van het Belgisch grondgebied door kinderen kunnen worden onderworpen aan het voorleggen van een gewettigde machtiging van de niet begeleidende ouder of van de rechter⁴⁴.

§ 2. Uitkering tot onderhoud

28. Het Marokkaans en het Tunesisch persoonlijk statuut leggen tijdens het huwelijk aan de man de verplichting op de vrouw te onderhouden (artikelen 34, 35 en 118; artikel 50). Hetzelfde beginsel geldt in Algerije.

In de drie landen maakt de ontbinding van het huwelijk een einde aan die verplichting daar de vrouw geacht wordt naar het vaderlijk huis terug te keren. Meestal is de man echter wel gehouden aan zijn vrouw een symbolisch geschenk aan te bieden (*mout'a*)⁴⁵. Artikel 60 van het Marokkaans persoonlijk statuut bepaalt dat de *mout'a* wordt vastgesteld met inachtneming van de middelen van de man en de toestand van de vrouw.

Het komt voor dat de Belgische rechter de *mout'a* (bv. 800 dirhams of 8.000 BF), zonder debat door de kadi⁴⁶ vastgesteld, interpreteert door de ex-echtgenoot op die basis te veroordelen tot een *mout'a* aangepast aan de Belgische prijzen in de vorm van een uitkering tot onderhoudsgeld gelijkaardig aan die welke vermeld wordt in artikel 301 B.W. Bij die gelegenheid verandert hij radicaal de natuur van de *mout'a*, eenmalig afscheidsgeschenk of opzeggingsvergoeding, in een maandelijks betaalbaar onderhoudsgeld.

29. Het Marokkaans statuut biedt doeltreffender middelen, althans wanneer de ex-echtgenote-aanlegster het hoederecht heeft van gemeenschappelijke kinderen. Meestal zijn er veel kinderen, niet alleen bij gebrek aan geboorteregeling, maar ook omdat een groot aantal kinderen een waarborg is tegen verstoting wegens de voldoening van de man.

Artikel 103 van het persoonlijk statuut bepaalt dat, na de ontbinding van de huwelijksband, een loon verschuldigd is voor de hoede van de kinderen en tevens een terugbetaling van de kosten die erdoor veroorzaakt zijn. Ze worden ten laste gelegd van hem op wie het onderhoud van het kind weegt, nl. uitsluitend de vader. Die kosten zijn onderscheiden van het loon voor de borstvoeding en het onderhoud.

De Marokkaanse ex-echtgenote die gemeenschappelijke kinderen onder haar hoede heeft bezit dus tegen de vader een recht op vergoeding voor de borstvoedingen voor de hoede en een recht op terugbetaling van alle kosten van de

⁴⁴ Over de toepassing van artikel 369 Sw.: *Novelles, Protection de la Jeunesse*, nr. 1514.

⁴⁵ Te nuanceren voor Tunesië — zie nr. 25.

⁴⁶ Artikel 179 van het Marokkaans procedurewetboek.

⁴³ MILLIOT, o.c., p. 452.

opvoeding. Bovendien is, krachtens artikel 124, de vader, met uitsluiting van de moeder, de enige schuldenaar van het onderhoudsgeld voor de kinderen, tenzij hij onvermogen is en enkel indien de vrouw rijk is.

De Marokkaanse vader heeft dus krachtens zijn eigen persoonlijk statuut een onderhoudsplicht tegenover zijn kinderen die beduidend zwaarder weegt dan de overeenstemmende onderhoudsplicht van een Belgische vader en tevens een beloningsplicht jegens de ex-echtgenote voor borstvoeding en opvoeding.

Als criteria voor het bepalen van dat loon kan verwezen worden naar de loonkosten in België (en een moeder werkt doorgaans meer dan 38 uren per week voor haar kinderen ...) en de vermogenstoestand van de vader (zie artikel 127). Immers, in het Marokkaans recht behoort het kind toe aan de vader en aan het vaderlijk geslacht. Het past dus dat de moeder de middelen krijgt om de kinderen onder haar hoede een gelijkaardige standing te geven als die van de vader.

Er blijft dan de uitzonderlijke onderstelling waarin de ex-echtgenote die alimentatie vordert, geen hoederecht uitoefent of niet meer uitoefent. Het persoonlijk statuut biedt een eerste oplossing, weliswaar theoretisch, door ten voordele van de ouders een onderhoudsplicht ten laste te leggen aan de kinderen (artikel 124).

Wellicht kan worden overwogen aan de moeder die opgehouden heeft kinderen onder haar hoede te hebben als het ware de titel van gepensioneerde moeder toe te kennen. Ze wijdde immers het grootste deel van haar leven aan de opvoeding van de kinderen van haar ex-echtgenoot, die haar meestal verbod oplegde een beroep uit te oefenen. Het ware billijk dergelijke moeder een onderhoudsgeld-rustpensioen ten laste van de ex-echtgenoot te laten genieten.

30. Met uitzondering van het loon voor borstvoeding kent de Algerijnse wet, na de ontbinding van het huwelijk, geen loon toe aan de vrouw die het hoederecht heeft over de kinderen.

Het Tunesisch persoonlijk statuut somt de kosten op die verschuldigd zijn aan de houder van het hoederecht: een loon voor het wassen, het voorbereiden van de maaltijden en voor de andere diensten overeenkomstig de gebruiken (artikel 65). Die bepaling maakt het de rechter mogelijk een echte hulp toe te kennen aan de moeder die een hoederecht uitoefent na de ontbinding van de huwelijksband, door een vergoeding te bepalen voor het werk van de vrouw met het oog op de opvoeding van de kinderen.

Guy ROMMEL
Vrederechter

RECHTSPRAAK

BENELUX-GERECHTSHOF

5 OKTOBER 1982

President: de h. Goerens

Advocaat-generaal: de h. Berger

Advocaten: mrs. Van Nieuwenhoven Helbach en Schaper

Merk — Beschermingsomvang — Onderscheidend vermogen — Beschrijvende termen — Juicy Fruit en Juicy — Kauwgom — Termen uit vreemde taal — Voertaal bij de verpakking.

De beschermingsomvang van een merk wordt in die zin mede bepaald door het onderscheidend vermogen van dat merk dat, naarmate dit onderscheidend vermogen geringer is, tussen het merk en een teken een grotere mate van gelijkens moet bestaan, wil dat teken als met het merk overeenstemmend kunnen worden aangemerkt in de zin van art. 13, A, eerste lid, aanhef en sub 1, B.M.W.

Bij het bepalen van de beschermingsomvang van een rechtsgeldig verkregen merk aan de hand van zijn aldus bedoeld onderscheidend vermogen komt het niet uitsluitend aan op de omvang van het gedeelte van het in aanmerking komende publiek dat het desbetreffende woord als beschrijvend opvat, doch moet met alle bijzonderheden van het gegeven geval in onderling verband rekening worden gehouden, zodat een vaste regel omtrent de grootte van dat gedeelte van het publiek niet kan worden gegeven.

Een rol speelt enerzijds dat het te dezen gaat om termen die zijn ontleend aan een andere taal dan een van de nationale of streektalen van het Beneluxgebied, anderzijds dat die taal in de handel binnen het Beneluxgebied dient als «voertaal» bij de verpakking van de desbetreffende waar, zodat uit dien hoofde behoefte bestaat aan vrijheid om beschrijvende termen uit die taal te gebruiken.

Te letten valt op de opvattingen van het in aanmerking komende publiek, niet ten tijde van het ontstaan van het merkrecht, maar ten tijde van het als inbreukmakend aan gevallen gebruik van het merk of van het overeenstemmend teken.

Wrigley t/ Benzon

Conclusie van de advocaat-generaal mr. W.S.M. Berger

I. Bij arrest van 5 juni 1981 heeft de Hoge Raad der Nederlanden zes vragen van uitleg betreffende bepalingen van de Eenvormige Beneluxwet op de Warenmerken (BMW) aan Uw Hof voorgelegd.

Overeenkomstig het bepaalde in artikel 6, lid 5, van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof heeft de Hoge Raad in zijn arrest de feiten, waarop de door het Hof te geven uitleg moet worden toegepast, als volgt omschreven:

«In dit stadium van het geding moet worden aangenomen dat Wrigley rechthebbende is op het merk Juicy Fruit onder meer voor kauwgom, zulks krachtens depot als be-

doeld in artikel 30 van de B.M.W. in verband met eerder in de landen van de Benelux bestaande rechten op datzelfde merk voor diezelfde waar, respectievelijk gevestigd op 1 maart 1920 (België), 5 maart 1956 (Nederland) en 28 september 1965 (Luxemburg).

Benzon gebruikt binnen het Beneluxgebied voor door haar onder de merken Ben-Bits en Sor-Bits verhandelde kauwgom de aanduiding Juicy; Benzon stelt deze aanduiding slechts te gebruiken in combinatie met deze merken, maar het Hof heeft de juistheid van deze stelling in het midden gelaten, zodat daarvan in dit stadium van het geding niet mag worden uitgegaan.

Wrigley stelt dat Juicy een met haar merk Juicy Fruit overeenstemmend teken is in de zin van artikel 13 onder A, eerste lid, aanhef en sub 1, van de B.M.W.; Benzon stelt daartegenover dat de woorden juicy en fruit voor de waar kauwgom beschrijvend zijn.

In cassatie moet ervan worden uitgegaan dat

«(i) de woorden juicy en fruit gezien hun betekenis in het Engels, voor een waar als kauwgom op zichzelf genomen beschrijvend zijn;

(ii) dat dat deel van het kauwgom kopende publiek dat de Engelse taal begrijpt, de Engelse termen juicy en fruit als beschrijvend zal opvatten;

(iii) dat de kennis van de Engelse taal sedert het ontstaan van het recht op het merk Juicy Fruit is toegenomen;

(iv) dat Engels als «voertaal» bij verpakkingen van vrijwel alle merken kauwgom in het Beneluxgebied wordt gebruikt.»

Alvorens tot de behandeling van de gestelde vragen over te gaan wil ik uit het hiervoren weergegeven feitencomplex twee aspecten nog in het bijzonder naar voren halen. In de eerste plaats, dat er bij de beantwoording van de voorgelegde vragen van moet worden uitgegaan, dat Wrigley op grond van de bepalingen van de B.M.W. uitsluitend recht hebbende is op het merk Juicy Fruit voor de waar kauwgom en dat zij reeds daarom de bescherming van haar uitsluitend recht kan inroepen, die haar in art. 13, sub A, B.M.W. ten dienste is gesteld. In de tweede plaats zij erop gewezen, dat, in dit stadium van het geding, alléén aan de orde is, dat Benzon op de door haar verhandelde kauwgom de aanduiding Juicy gebruikt. Op dit laatste aspect meen ik de aandacht meer in het bijzonder te moeten vestigen, omdat de geëerde pleiter voor Wrigley in zijn pleidooi voor Uw Hof er blijk van heeft gegeven voor de beantwoording van de vragen mede van belang te achten, dat, naar zijn zeggen, Benzon de aanduiding Juicy op een speciale in het oog springende wijze op de verpakking van de door haar verhandelde kauwgom heeft aangebracht.

Hier is echter niet aan de orde of Benzon al dan niet het woord Juicy aldus op haar waren aanbrengt, dat dit woord door Benzon (mede) als merk zou worden gebruikt.

II. Vraag 1: «Wordt de beschermingsomvang van een merk in die zin mede bepaald door het onderscheidend vermogen van dat merk dat, naarmate dit onderscheidend vermogen geringer is, tussen het merk en een teken een grotere mate van gelijkenis moet bestaan, wil dat teken als met het merk overeenstemmend kunnen worden aangemerkt in de zin van artikel 13 onder A, eerste lid, aanhef en sub 1, van de B.M.W.?».

Bij de beantwoording van deze vraag moet vooropgesteld worden hetgeen ik sub I naar aanleiding van het door de

Hoge Raad vastgestelde feitencomplex in de eerste plaats heb gereleveerd, nl. dat het onderhavig geding een merkrecht tot onderwerp heeft als bedoeld in art. 1 B.M.W., aan hetwelk de bescherming toekomt als omschreven in art. 13 B.M.W. Dit nu brengt mede, dat het hier aan de orde zijnde merk waren van een onderneming vermag te onderscheiden en dat de merkhouders zich op grond van zijn uitsluitend recht kan verzetten tegen elk gebruik van dat merk of een overeenstemmend teken voor dezelfde of soortgelijke waren.

In dit verband zal ik nu eerst dienen terug te keren tot de functie van het merk in het huidige economisch gebeuren. Ik veroorloof mij te dezen te verwijzen naar mijn conclusie bij het eerste arrest van Uw Hof (zaak A 74/1 d.d. 1 maart 1975, Colgate/ Bols — «Clareyn» — Jurisprudentie, blz. 15 e.v.), waarin ik uiteengezet heb hoe met name na de tweede wereldoorlog de functie van het merk in het tegenwoordig bestel is gewijzigd of liever verschoven van voornamelijk herkomstaanduiding naar zelfstandige, individualiserende en kwalificerende produktaanduiding, waarbij het merk met name in de reclame zijn wervingsfunctie pleegt te manifesteren. Daarin is wat onze oosterburen noemen de «Kennzeichnungskraft im Verkehr» gelegen (Baumbach/Hefermehl, *Warenzeichenrecht*, 1979, 813). «Darunter sind die Wirkung und Ausstrahlung zu verstehen, die ein zur Individualisierung einer Ware nach ihrer betrieblichen Herkunft geeignetes Zeichen kraft seiner Eigenart und Einprägsamkeit besitzt.» Hefermehl wijst er dan nog op dat velen de «Kennzeichnungskraft» gelijkstellen met de onderscheidingskracht van het teken, wat wij zouden noemen het onderscheidend vermogen van het teken.

M.i. heeft de voorgeschreven functieverhuizing toch ook wel — zij het evenzeer geleidelijk — mede tot een wijziging geleid in het vergelijkingsmechanisme voor wat betreft de merkinbreuk als bedoeld in art. 13 B.M.W. Het onderscheidend vermogen van een merk is een grotere rol gaan spelen naarmate de functie van herkomstaanduiding van het merk naar de achtergrond is gedrongen.

Hoe specialer hoe markanter een als merk gebezigd teken naar buiten treedt zo te meer krachtig zal zijn onderscheidende functie worden vervuld.

Walnu, naarmate het onderscheidend vermogen van een als merk gebezigd teken groter dan wel geringer is, is men gekomen tot de indeling van merken in zwakke, normale en sterke merken (zie: Komen en Verkade, *Het nieuwe merkenrecht*, 1970, blz. 26; Van Dijk, *Merkenrecht in de Beneluxlanden*, 1973, blz. 31; Drucker-Bodenhausen-Wichers Hoeth, *Kort begrip van het recht betreffende de industriële en intellectuele eigendom*, 1976, blz. 98; Van Bunnem, *Aspects actuels du droit des marques dans le Marché commun*, 1967, blz. 458; Baumbach-Hefermehl, o.c., blz. 814 en Reimer, *Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht*, 1966, blz. 396).

In de laatste druk van laatstbedoeld werk is — naar aanleiding van een uitspraak van het Bundesgerichtshof — teruggekomen op een tegenovergesteld standpunt, dat in eerdere drukken was verdedigd. Hoewel het Duitse merkenrecht niet geheel parallel loopt aan het in de Benelux geldende, laat ik hier dit citaat volgen:

«Im Leitsatz zur Entscheidung des BGH vom 15 Februar 1952 — Gumax — GRUR 1952, 419 heisst es:

«Allen Warenzeichen kommt grundsätzlich Schutz ge-

genüber gleichen und verwechslungsfähigen Zeichen in gleicher Weise zu. Insofern darf ein grundsätzlicher Unterschied zwischen 'starken' und 'schwachen' Zeichen nicht gemacht werden. Dies ändert aber nichts daran, dass die Kennzeichnungskraft von Warenzeichen im Einzelfall verschieden stark sein kann und dass dementsprechend die Verwechslungsgefahr nach entsprechenden Maszstabe beurteilt werden muss. Sie wird bei einem Zeichen von geringer Kennzeichnungskraft schwerer feststellbar sein als bei einem Zeichen von grosser Kennzeichnungskraft.» Dieser Grundsatz entspricht der heute herrschenden Rechtsprechung.» (o.c., blz. 396).

Ik geloof, dat het vorenstaande m.m. voor de onderhavige zaak kan gelden en dat daarin mede de bevestigende beantwoording van de eerste vraag kan worden gevonden. (Zie voor de ontwikkeling in Duitsland: Benkard, «Starke und schwache Zeichen», *GRUR*, 1952, 311.)

Er zij op gewezen, dat in een merk een voor het publiek bestemd signaal is gelegen dat dat produkt de speciale originele waar is, en dat dat signaal het publiek daarom tot aankoop tracht te motiveren.

Naar mijn mening kan worden vastgesteld, dat in het algemeen het publiek, waarvoor de met een zwak merk voorziene waar bestemd is, eerder een klein verschil met een soortgelijk teken zal onderkennen dan zulks bij een sterk merk het geval zal zijn. Anders gezegd: de dissonant van een zwak signaal zal eerder worden onderkend dan die van een sterk signaal.

III. Vraag 2: «Zo ja, is voor het oordeel dat de beschermingsomvang van een rechtsgeldig verkregen merk slechts gering is omdat dat merk bestaat uit een of meer beschrijvende woorden, vereist dat die woorden voor een ieder slechts een hoedanigheid aangeven van de daarmede aangeduide waar?»

Naar mijn mening is in deze vraagstelling een innerlijke tegenstrijdigheid gelegen. Indien immers een merk bestaat uit een of meer beschrijvende woorden, welke voor een ieder slechts een hoedanigheid aangeven van de daarmede aangeduide waar, dan bestaat er geen rechtsgeldig verkregen merk. Woorden die voor een ieder slechts de hoedanigheid aangeven van de daarmede aangeduide waar kunnen voor bescherming onder vigueur van de B.M.W. niet in aanmerking komen, reeds omdat zij ieder onderscheidend vermogen missen en bovendien dan als merk in strijd zouden komen met art. 6 *quinquies*, B, onder 2, van het Verdrag van Parijs (art. 14, A, aanhef en sub 1a, B.M.W.).

Het antwoord op vraag 2 kan dan ook niet anders dan ontkennend luiden.

IV. Vraag 3: «Zo neen, is dan voor het in vraag 2 bedoelde oordeel voldoende dat enig deel van het in aanmerking komende publiek — hoe gering ook — die woorden als beschrijvend opvat, dan wel moet daartoe worden verlangd dat een niet te verwaarlozen, een belangrijk of wellicht zelfs een overwegend deel van dat publiek de woorden als beschrijvend opvat?»

De beantwoording van deze vraag is, naar het mij voorkomt, in haar algemeenheid niet goed mogelijk.

Er is een onzekere factor in deze vraag gelegen, welke wordt gevormd door «het in aanmerking komend publiek». M.i. zal het deel van het in aanmerking komend publiek dat als merk gebezigde woorden als beschrijvend zal opvat-

ten naarmate de samenstelling van dat in aanmerking komend publiek kunnen verschillen.

Dit vooropgesteld hebbend zal ik nader op de vraag ingaan.

Zoals uit het arrest van Uw Hof d.d. 19 januari 1981, zaak A 80/3 in zake Ferrero/Ritter - Kinder - (N.J., 1981, 294, m.n. L.W.H.) alsook uit de daarbij behorende conclusie van de advocaat-generaal Dumon volgt, zijn beschrijvende merken onder bepaalde omstandigheden toelaatbaar, uiteraard mits zij onderscheidend vermogen bezitten.

Zuiver beschrijvende woorden kunnen niet als merk worden gemonopoliseerd, omdat zij gebruikt zijn om een waar in het algemeen te identificeren, terwijl toch de primaire functie van een merk is de waar van een onderneming te identificeren. Het moet andere ondernemers vrij staan soortgelijke waar te beschrijven met de daarvoor geëigende woorden. Hiernaast moet in aanmerking worden genomen, dat het merk dient om het publiek op de waar van een onderneming te attenderen. Welnu, wanneer nu moet worden vastgesteld wanneer bepaalde woorden als beschrijvend zijn te kwalificeren dan zal te dezen doorslaggevend zijn de opvatting van dat publiek. Callmann (in *Unfair Competition Trademarks and Monopolies*, third edition, Volume 3, blz. 133) schrijft hierover het volgende:

«Whether a particular word is understood as descriptive will be determined by the reaction of those to whom the trademark is directed in the particular case. If a considerable portion of the purchasing public considers the word descriptive, it is descriptive, and if the term does in fact describe the goods, it is immaterial whether others use that term or use other words to describe them.»

Ik zou mij hier volledig bij willen aansluiten.

Aldus zal het antwoord op de derde vraag moeten luiden, dat voor het in vraag 2 bedoelde oordeel moet worden verlangd dat een belangrijk deel van het in aanmerking komend publiek de woorden als beschrijvend opvat.

V. Vraag 4: «Speelt voor de beantwoording van de onder 1, 2 en 3 gestelde vragen een rol enerzijds dat het te dezen gaat om termen die zijn ontleend aan een vreemde taal, anderzijds dat die taal in de handel binnen het Beneluxgebied dient als 'voertaal' bij de verpakking van de desbetreffende waar, zodat uit dien hoofde behoefte bestaat aan vrijheid om beschrijvende termen uit die taal te gebruiken?»

Ik kan deze vraag eigenlijk zonder meer bevestigend beantwoorden, omdat de rechter bij de beoordeling van een hem voorgelegde merkinbreuk nu eenmaal alle omstandigheden van het betreffende geval in aanmerking moet nemen.

Uiteraard speelt in deze zaak een belangrijke rol, dat het te dezen gaat om termen die zijn ontleend aan een vreemde taal. Termen in een vreemde taal zullen, naar mijn oordeel, op het publiek in het algemeen eerder het idee van een merk geven, zelfs wanneer een belangrijk deel van dat publiek die vreemde taal machtig is en de hem aldus bekende equivalenten in zijn landstaal als beschrijvend zouden zijn aan te merken.

Natuurlijk is ook van belang, dat de betreffende taal als «voertaal» dient, zoals in deze vraag aangegeven. Immers, aldan zou een woord uit die «voertaal» een in de betreffende handelskringen gebruikelijke aanduiding kunnen zijn geworden van de hoedanigheid van een waar, welke aan-

duiding niet meer kan worden gemonopoliseerd door haar in een merk op te nemen. Hier bevinden wij ons, naar het mij voorkomt, op het terrein van de rechter, die over de feiten heeft te oordelen. (Zie voorts: Callmann, *o.c.*, blz. 189 e.v.).

VI. Vraag 5: «Indien vraag 3 in die zin wordt beantwoord dat het in aanmerking komend publiek de desbetreffende woorden als beschrijvend opvat, valt bij het bepalen van de beschermingsomvang van een rechtsgeldig verkregen merk aan de hand van zijn onderscheidend vermogen als bedoeld in vraag 1 dan te letten op de opvattingen van het in aanmerking komende publiek ten tijde van het ontstaan van het merkenrecht, dan wel op die ten tijde van het als inbreukmakend aangevallen gebruik van het merk of van een overeenstemmend teken?»

Het antwoord op deze vraag staat, zoals aangegeven, in verband met het antwoord op de eerste vraag. Het onderscheidend vermogen van een merk (de «Kenzeichnungskraft») is niet een constante grootheid, die bepaald wordt en is op de datum van het ontstaan van het merkrecht, doch hetzelfde kan — bijvoorbeeld — groter worden. Ik citeer uit bovenvermeld arrest van Uw Hof d.d. 19 januari 1981 (Kinder):

«0. dat bij de beoordeling van dat onderscheidend vermogen de rechter niet alleen alle omstandigheden van het geval in aanmerking moet nemen, doch ook, in voorkomend geval, de vraag of het teken door inburgering onderscheidende kracht heeft verkregen.»

Waarom nu zou, wanneer het onderscheidend vermogen en daarmee de beschermingsomvang van een merk kan uitdijen, niet dat onderscheidend vermogen en daarmee de beschermingsomvang van een merk kunnen verminderen (bijv. door de zogenaamde verwatering)?

«Die Kennzeichnungskraft, die manche mit der Unterscheidungskraft des Zeichens gleichsetzen, ist keine starre konstante Größe, sondern eine sich ständig wandelnde, durch die Verkehrsauffassung maßgebend bestimmte Erscheinung. Es geht um die Feststellung eines wettbewerblichen Sachverhaltes. Für die Kennzeichnungskraft eines benutzten Zeichens ist nicht seine ursprüngliche Kennzeichnungskraft, sondern sind der Umfang und die Stärke entscheidend, in der das Zeichen sich tatsächlich im Verkehr durchsetzt.» (Baumbach/Hefermehl, *o.c.*, blz. 813).

Een argument voor een tegenovergesteld standpunt wordt wel ontleend aan art. 5 B.M.W. — voor zover te dezen van belang — luidende:

«Het recht op het merk vervalt: (...)

4. voor zover een merk, na op regelmatige wijze te zijn verkregen, door toedoen van de merkhouders in het normale taalgebruik de gebruikelijke benaming van een waar is geworden.»

Op grond van deze bepaling wordt volgehouden, dat een merk niet door inboeting aan onderscheidend vermogen kan «verdwijnen». Zulks berust echter op de misvatting, dat het merk door vermindering van zijn onderscheidend vermogen geen merk meer zou zijn. Vermindering van het onderscheidend vermogen laat evenwel het merk als merk onverlet, doch zulks heeft slechts ten gevolge dat de beschermingsomvang afneemt.

Uit het vorenstaande volgt, dat vraag 5 aldus moet worden beantwoord, dat bij het bepalen van de beschermingsomvang van een rechtsgeldig verkregen merk aan de hand

van zijn onderscheidend vermogen als bedoeld in vraag 1 valt te letten op de opvattingen van het in aanmerking komende publiek ten tijde van het als inbreukmakend aangevallen gebruik van het merk of van een overeenstemmend teken.

VII. Daar vraag 5, naar mijn mening, niet in de in die vraag eerstbedoelde zin moet worden beantwoord, moet een antwoord op vraag 5, die die eerstbedoelde zin tot grondslag heeft, achterwege blijven.

Arrest

Gezien de brief van de Hoge Raad der Nederlanden van 10 juni 1981 met het daarbij gevoegde voor eensluidend gewaarmerkte afschrift van het arrest van de Hoge Raad van 5 juni 1981 in de zaak nr. 11.755 van Wm Wrigley Jr. Company te Chicago, Illinois, Verenigde Staten van Amerika, tegen 1. Alfred Benzon B.V. te Maarn, en 2. Aktieselskabet Alfred Benzon te Kopenhagen, Denemarken, waarbij overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof vragen van uitleg van de Eenvormige Beneluxwet op de warenmerken worden gesteld;

Ten aanzien van de feiten

Overwegende dat de procedure welke tot voormeld arrest heeft geleid, kort als volgt kan worden samengevat:

Bij dagvaarding van 30 en 31 mei 1979 heeft Wrigley de beide verweersters, hierna tesamen aan te duiden als Benzon, in kort geding gedagvaard voor de President van de Arrondissementsrechtbank te Utrecht en, zich beroepende op haar rechten op het merk Juicy Fruit, gevorderd onder meer dat Benzon het gebruik van de aanduiding Juicy voor kauwgom zou worden verboden. Na verweer van Benzon heeft de President bij vonnis van 15 oktober 1979 de gevraagde voorzieningen geweigerd.

Van dit vonnis is Wrigley in hoger beroep gekomen bij het Gerechtshof te Amsterdam, daartegen een drietal grieven aanvoerende. Benzon heeft die grieven bestreden en harerzijds voorwaardelijk incidenteel geappelleerd onder aanvoering van vier grieven die Wrigley heeft bestreden. Bij arrest van 3 juli 1980 heeft het Hof het vonnis waarvan beroep bekrachtigd, na te hebben geoordeeld dat de grieven in het principaal appel falen en dat derhalve het voorwaardelijk incidenteel appel niet behoefde te worden behandeld.

Van dat arrest heeft Wrigley beroep in cassatie ingesteld, dat de Hoge Raad aanleiding heeft gegeven de hierna genoemde vragen van uitleg te stellen;

Overwegende dat de Hoge Raad de feiten waarop de door het Benelux-Gerechtshof te geven uitleg moet worden toegepast, als volgt heeft omschreven:

«In dit stadium van het geding moet worden aangenomen dat Wrigley rechthebbende is op het merk Juicy Fruit onder meer voor kauwgom, zulks krachtens depot als bedoeld in artikel 30 van de B.M.W. in verband met eerder in de landen van de Benelux bestaande rechten op datzelfde merk voor die zelfde waar, respectievelijk gevestigd op 1 maart 1920 (België), 5 maart 1956 (Nederland) en 28 september 1965 (Luxemburg).

Benzon gebruikt binnen het Beneluxgebied voor door haar onder de merken Ben-Bits en Sor-Bits verhandelde kauwgom de aanduiding Juicy; Benzon stelt deze aandui-

ding slechts te gebruiken in combinatie met deze merken, maar het Hof heeft de juistheid van deze stelling in het midden gelaten, zodat daarvan in dit stadium van het geding niet mag worden uitgegaan.

Wrigley stelt dat Juicy een met haar merk Juicy Fruit overeenstemmend teken is in de zin van artikel 13 onder A, eerste lid, aanhef en sub 1, van de B.M.W.; Benzon stelt daartegenover dat de woorden juicy en fruit voor de waar kauwgom beschrijvend zijn.

In cassatie moet ervan worden uitgegaan dat (i) de woorden juicy en fruit gezien hun betekenis in het Engels, voor een waar als kauwgom op zichzelf genomen beschrijvend zijn; (ii) dat dat deel van het kauwgom kopende publiek dat de Engelse taal begrijpt, de Engelse termen juicy en fruit als beschrijvend zal opvatten; (iii) dat de kennis van de Engelse taal sedert het ontstaan van het recht op het merk Juicy Fruit is toegenomen; (iv) dat Engels als «voertaal» bij verpakkingen van vrijwel alle merken kauwgom in het Beneluxgebied wordt gebruikt.»

Ten aanzien van het verloop van het geding

Overwegende dat de Hoge Raad het Benelux-Gerechtshof verzoekt de volgende vragen betreffende de uitleg van de Eenvormige Beneluxwet op de warenmerken, hierna te noemen B.M.W., te willen beantwoorden:

«1. Wordt de beschermingsomvang van een merk in die zin mede bepaald door het onderscheidend vermogen van dat merk dat, naar mate dit onderscheidend vermogen geringer is, tussen het merk en een teken een grotere mate van gelijkheid moet bestaan, wil dat teken als met het merk overeenstemmend kunnen worden aangemerkt in de zin van artikel 13 onder A, eerste lid, aanhef en sub 1, van de B.M.W.?

2. Zo ja, is voor het oordeel dat de beschermingsomvang van een rechtsgeldig verkregen merk slechts gering is omdat dat merk bestaat uit een of meer beschrijvende woorden, vereist dat die woorden voor een ieder slechts een hoedanigheid aangeven van de daarmee aangeduide waar?

3. Zo neen, is dan voor het in vraag 2 bedoelde oordeel voldoende dat enig deel van het in aanmerking komende publiek — hoe gering ook — die woorden als beschrijvend opvat, dan wel moet daartoe worden verlangd dat een niet te verwaarlozen, een belangrijk of wellicht zelfs een overwegend deel van dat publiek de woorden als beschrijvend opvat?

4. Speelt voor de beantwoording van de onder 1, 2 en 3 gestelde vragen een rol enerzijds dat het te dezen gaat om termen die zijn ontleend aan een vreemde taal, anderzijds dat die taal in de handel binnen het Beneluxgebied dient als 'voertaal' bij de verpakking van de desbetreffende waar, zodat uit dien hoofde behoefte bestaat aan vrijheid om beschrijvende termen uit die taal te gebruiken?

5. Indien vraag 3 in die zin wordt beantwoord dat vereist is dat een bepaald gedeelte van het in aanmerking komende publiek de desbetreffende woorden als beschrijvend opvat, valt bij het bepalen van de beschermingsomvang van een rechtsgeldig verkregen merk aan de hand van zijn onderscheidend vermogen als bedoeld in vraag 1 dan te letten op de opvattingen van het in aanmerking komende publiek ten tijde van het ontstaan van het merkrecht, dan wel op die ten tijde van het als inbreukmakend aangevallen gebruik van het merk of van een overeenstemmend teken?

6. Indien vraag 5 in eerstbedoelde zin wordt beantwoord, welk tijdstip en welk publiek zijn dan in aanmerking te nemen in een geval als het onderhavige, waarin het betrokken merkrecht als het ware de bundeling is van drie, ingevolge het bepaalde in artikel 29 van de B.M.W. gehandhaafde nationale merkrechten, die op verschillende tijdstippen zijn ontstaan?»

(...)

Ten aanzien van het recht

Ten aanzien van de eerste vraag

Overwegende dat deze vraag het verband aan de orde stelt tussen het onderscheidend vermogen van een merk en zijn beschermingsomvang;

Overwegende ten aanzien van het onderscheidend vermogen:

dat een teken geacht kan worden het door artikel 1 der B.M.W. vereiste onderscheidend vermogen te hebben, indien het geschikt is om de waar of de waren van de merkhouder van soortgelijke waren te onderscheiden;

dat, als aan die eis is voldaan, de mogelijkheid open blijft dat het ene teken meer onderscheidend vermogen heeft, en derhalve de bedoelde functie beter vervult dan het andere, zulks afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zoals die hierna nog aan de orde zullen komen;

Overwegende ten aanzien van de beschermingsomvang:

dat het hierbij gaat om de vraag, wanneer het teken tegen het gebruik waarvan de merkhouder zich wil verzetten, met zijn merk «overeenstemt» in de zin van artikel 13 onder A, eerste lid, van de B.M.W.;

dat deze overeenstemming afhankelijk kan zijn van het vermogen van dat teken om bij het publiek associaties met het merk op te roepen;

Overwegende dat uit het voorafgaande volgt dat terecht verband wordt gelegd tussen het onderscheidend vermogen van een merk en zijn beschermingsomvang;

dat immers een merk van gering onderscheidend vermogen, dat dus zijn functie als vorenbedoeld minder goed vervult dan een merk met meer onderscheidend vermogen, minder spoedig door het gebruik van een ander teken in de herinnering van het publiek zal worden teruggeroepen;

Overwegende dat bovendien opmerking verdient dat de bescherming welke de wet in artikel 13 onder A van de B.M.W. aan het uitsluitend recht op een merk verbindt, berust op afweging van de belangen van de merkhouder tegenover die van zijn concurrenten;

dat, wanneer van een merk, ofschoon het bij zijn ontstaan niet ieder onderscheidend vermogen mist, één of meer woorden deel uitmaken die hetzij ten tijde van het ontstaan van het merkrecht in die zin beschrijvend waren dat zij een hoedanigheid van de daarmee aangeduide waar aangeven, hetzij dat karakter nadien hebben verkregen, het belang dat de concurrenten van de merkhouder erbij hebben om ter aanduiding van dezelfde hoedanigheid van hun soortgelijke waren datzelfde woord of diezelfde woorden te kunnen gebruiken, niet behoort te worden achtergesteld bij dat van de merkhouder;

dat mitsdien bij het beantwoorden van de vraag, of in zodanig geval sprake is van een «overeenstemmend teken» in de zin van artikel 13 onder A met dat belang van de concurrenten van de merkhouder rekening gehouden moet worden;

Overwegende dat derhalve de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord;

Ten aanzien van de tweede en de derde vraag

Overwegende dat een merk als rechtmatig kan worden beschouwd, indien het of de tekens die het merk vormen niet uitsluitend beschrijvend zijn;

dat de vraag, wanneer één of meer van een rechtsgeldig verkregen merk deel uitmakende woorden als uitsluitend beschrijvend zijn aan te merken, zich niet voor beantwoording in abstracto leent, omdat het antwoord afhankelijk is van afweging van de bijzonderheden van het gegeven geval;

Overwegende dat weliswaar bij de beantwoording van die vraag van belang is welk deel van het in aanmerking komende publiek het desbetreffende woord als beschrijvend opvat, maar dat daarbij ten minste evenzeer in aanmerking valt te nemen: of dat woord de enige term is om de desbetreffende hoedanigheid aan te duiden dan wel of daarvoor synoniemen bestaan welke redelijkerwijs ook voor gebruik in aanmerking komen; of dat woord een commercieel wezenlijke dan wel een meer bijkomstige hoedanigheid van de waar aanduidt; wat de aard van de waar is en de samenstelling van het publiek waarvoor de waar is bestemd; welke de bekendheid is van het merk;

Overwegende dat derhalve de tweede en de derde vraag te zamen aldus moeten worden beantwoord, dat het niet uitsluitend aankomt op de omvang van het gedeelte van het in aanmerking komende publiek dat het desbetreffende woord als beschrijvend opvat, terwijl, omdat met alle bijzonderheden van het gegeven geval in onderling verband valt rekening te houden, niet een vaste regel kan worden gegeven omtrent de grootte van dat gedeelte van het publiek;

Ten aanzien van de vierde vraag

Overwegende dat de in deze vraag bedoelde omstandigheden in aanmerking zijn te nemen bij de beantwoording van de vraag of in het gegeven geval sprake is van beschrijvende woorden en dat zij in zoverre een rol spelen bij de beantwoording van de eerder genoemde vragen;

dat daarbij de omstandigheid dat het gaat om termen die ontleend zijn aan een vreemde taal — waaronder in verband met het bepaalde in artikel 13 onder C moet worden verstaan: een andere taal dan een van de nationale of streektaalen van het Beneluxgebied —, in de regel niet slechts van belang is voor de grootte van het gedeelte van het in aanmerking komende publiek dat het desbetreffende woord als beschrijvend opvat, maar ook voor de vraag of dat woord de enige term is om de desbetreffende hoedanigheid aan te duiden dan wel of daarvoor termen ontleend aan de nationale of streektaalen van het Beneluxgebied redelijkerwijs in aanmerking komen;

dat bij de beantwoording van laatstbedoelde vraag van belang is dat de taal waaraan de desbetreffende term is ontleend, in de handel binnen het Beneluxgebied dient als «voertaal» bij de verpakking van de desbetreffende waar, omdat alsdan rekening valt te houden met het belang dat de concurrenten van de merkhouder erbij hebben om ter aanduiding van de desbetreffende eigenschap van hun soortgelijke waren termen te kunnen gebruiken die zijn ontleend aan juist die taal;

Overwegende dat derhalve de vierde vraag in haar beide onderdelen bevestigend moet worden beantwoord;

Ten aanzien van de vijfde vraag

Overwegende dat, gelijk hiervoor reeds in het licht is gesteld, het onderscheidend vermogen van een merk geen constante grootte is, maar een die aan verandering onderhevig is;

dat zodanige verandering het gevolg kan zijn van tal van omstandigheden, zoals bijvoorbeeld het toe- of afnemen van de bekendheid van het merk of wijziging van de betekenis van woorden in het normale taalgebruik;

dat daaruit in verband met het ten aanzien van de eerste vraag overwogene volgt, dat bij het bepalen van de beschermingsomvang van een rechtsgeldig verkregen merk aan de hand van zijn onderscheidend vermogen als bedoeld in die vraag beslissend zijn de omstandigheden ten tijde van het als inbreukmakend aangevallen gebruik van het merk of van een overeenstemmend teken;

Overwegende dat voor de stelling dat beslissend zijn de omstandigheden ten tijde van het ontstaan van het merkrecht, vergeefs een beroep wordt gedaan op het bepaalde in artikel 5, aanhef en onder 4°, van de B.M.W., omdat daaruit wel valt af te leiden dat een op regelmatige wijze verkregen merk dat buiten toedoen van de merkhouder in het normale taalgebruik de gebruikelijke benaming van de desbetreffende waar is geworden, in stand blijft, maar niet wat de beschermingsomvang van een dergelijk merk is;

Overwegende dat de vijfde vraag derhalve in deze zin moet worden beantwoord, dat bij het bepalen van de beschermingsomvang van een rechtsgeldig verkregen merk aan de hand van zijn onderscheidend vermogen als bedoeld in de eerste vraag valt te letten op de opvattingen van het in aanmerking komende publiek ten tijde van het als inbreukmakend aangevallen gebruik van het merk of van een overeenstemmend teken;

Ten aanzien van de zesde vraag

Overwegende dat, nu de vijfde vraag niet in de daarin eerstbedoelde zin is beantwoord, de beantwoording van de zesde vraag achterwege kan blijven;

(...)

Verklaart voor recht

1) De beschermingsomvang van een merk wordt in die zin mede bepaald door het onderscheidend vermogen van dat merk dat, naarmate dit onderscheidend vermogen geringer is, tussen het merk en een teken een grotere mate van gelijkenis moet bestaan, wil dat teken als met het merk overeenstemmend kunnen worden aangemerkt in de zin van artikel 13, onder A, eerste lid, aanhef en sub 1, van de B.M.W.

2) en 3) Bij het bepalen van de beschermingsomvang van een rechtsgeldig verkregen merk aan de hand van zijn onderscheidend vermogen als bedoeld onder 1 komt het niet uitsluitend aan op de omvang van het gedeelte van het in aanmerking komende publiek dat het desbetreffende woord als beschrijvend opvat, doch moet met alle bijzonderheden van het gegeven geval in onderling verband rekening worden gehouden, zodat een vaste regel omtrent de grootte van dat gedeelte van het publiek niet kan worden gegeven.

4) Voor de bepaling van de beschermingsomvang met inachtneming van het vooraangaande speelt een rol enerzijds dat het te dezen gaat om termen die zijn ontleend aan een andere taal dan een van de nationale of streektalen van het Beneluxgebied, anderzijds dat die taal in de handel binnen het Beneluxgebied dient als «voertaal» bij de verpakking van de desbetreffende waar, zodat uit dien hoofde behoefte bestaat aan vrijheid om beschrijvende termen uit die taal te gebruiken.

5) Bij het bepalen van de beschermingsomvang van een rechtsgeldig verkregen merk aan de hand van zijn onderscheidend vermogen als bedoeld onder 1 valt te letten op de opvattingen van het in aanmerking komende publiek, niet ten tijde van het ontstaan van het merkrecht, maar ten tijde van het als inbreukmakend aangevallen gebruik van het merk of van het overeenstemmend teken.

(...)

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 13 JANUARI 1982

Voorzitter : de h. Legros

Raadsheer-rapporteur : de h. Bosly

Advocaat-generaal : mevr. Liekendaal

Advocaten : mrs. Simont en Houtekier

Onrechtmatige daad — Schade en schadeloosstelling — Materiële en morele schade — Afzonderlijke schaden — Vordering tot afzonderlijke raming van materiële en morele schade — Weigering — Motivering.

De materiële en de morele schade welke voortvloeit uit de blijvende arbeidsongeschiktheid van het slachtoffer van een onrechtmatige daad, moeten uiteen worden gehouden.

Het vonnis dat de redenen niet aangeeft waarom het in de beslissing waarbij eisers omstandige vordering tot afzonderlijke raming van die schaden wordt afgewezen, geen onderscheid maakt tussen de materiële en de morele schade, schendt art. 97 van de Grondwet.

Van M. t/ S.

Gelet op het bestreden vonnis, op 18 juni 1981 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Luik ;

Over het derde onderdeel van het derde middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1382, 1383 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het vonnis beslist «dat Van M. op 12 augustus 1978 tijdens een parachutesprong ernstig letsel heeft opgelopen aan de lendenen, als gevolg waarvan hij verklaart blijvend arbeidsongeschikt te zijn ; dat hij zijn normaal loon ontvangen heeft voor de periode vanaf de consolidatie tot het laatste ongeval ; dat hij sedertdien een materiële schade lijdt die geen verband houdt met het ongeval van 6 september 1976 doch uitsluitend het gevolg is van het laatste ongeval ; dat het door de litisconsorten S. aangeboden bedrag van 350.000 frank toereikend is om de materiële schade van na de consolidatie te vergoeden»,

terwijl de materiële en de morele schade van het slachtoffer van een onrechtmatige daad los van elkaar staan en de

rechter ze afzonderlijk moet ramen wanneer de partijen of een van hen hem daarom hebben verzocht ; eiser in zijn regelmatig voor de appelrechter genomen conclusie voor elke schade een afzonderlijke vergoeding vorderde en daartoe een ramingswijze voorstelde, waaruit volgt dat het bestreden vonnis door te verklaren dat het door de litisconsorten S. aangeboden bedrag voldoende is om de materiële en de morele schade van na de consolidatie te vergoeden, zonder de redenen op te geven waarom het de conclusie afwijst waarin eiser een afzonderlijke vergoeding vorderde zowel voor de ene als de andere schade, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt (schending van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek) en eisers conclusie niet beantwoordt (schending van artikel 97 van de Grondwet) :

Overwegende dat eiser in zijn conclusie uit hoofde van zijn blijvende arbeidsongeschiktheid van 10 pct. de appelrechter verzocht de beroepen beslissing te bevestigen en dus ter vergoeding van de door de vermindering van zijn waarde op de arbeidsmarkt veroorzaakte materiële schade, aanspraak maakte op een volgens de kapitalisatiemethode berekende hoofdsom van 261.027 frank alsook, ter vergoeding van zijn morele schade, op een hoofdsom van 100.000 frank ;

Dat hij tot staving van dat verzoek met name deed gelden dat de eerste rechter terecht zijn schade had berekend op 6 juni 1978, dag waarop de consolidatie door de deskundige was vastgesteld en waarop zijn belangrijk verlies aan waarde op de arbeidsmarkt, dat overeenkwam met zijn blijvende arbeidsongeschiktheid, namelijk 10 pct., definitief werd ;

Dat eiser aldus niet alleen het volledige bedrag vorderde dat de eerste rechter hem had toegekend maar ook een afzonderlijke vergoeding eiste voor de morele schade enerzijds en voor de materiële schade anderzijds en daarbij vroeg dat deze laatste vergoeding zou worden vastgesteld op grond van de door de eerste rechter aangenomen berekeningswijze ;

Overwegende dat het vonnis, na te hebben vastgesteld dat eiser zijn normaal loon had ontvangen voor de periode van de consolidatie tot 12 augustus 1978, dag waarop hem bij een parachutesprong andermaal een ongeval overkwam, beslist dat het door de verweerders aangeboden bedrag van 350.000 frank voldoende is om de materiële en morele schade van na de consolidatie te vergoeden ;

Overwegende dat de materiële en de morele schade welke voortvloeit uit de blijvende arbeidsongeschiktheid van het slachtoffer van een onrechtmatige daad, uit elkaar moeten worden gehouden ;

Dat het vonnis niet de redenen aangeeft waarom het in de beslissing waarbij eisers omstandige vordering tot afzonderlijke raming van die schaden wordt afgewezen, geen onderscheid maakt tussen de materiële en de morele schade ;

Dat het derhalve een schending inhoudt van artikel 97 van de Grondwet en dat dit onderdeel van het middel in die mate gegrond is ;

(...)

NOOT—Zie in dezelfde zin : Cass., 12 april 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 928, *Pas.*, 1976, I, 893 ; Cass., 11 september 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 34, *Pas.*, 1980, I, 32.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 5 MEI 1982

Voorzitter : de h. Legros

Raadsheer-rapporteur : de h. Screvens

Advocaat-generaal : Mevr. Liekendael

Advocaten : mrs. Van den Eeden en Eugene

Cheque — Zonder dekking — Geldigheidsvoorwaarden van de cheque — Invloed van onregelmatigheid op strafbaarheid — Opzet.

Voor de toepassing van artikel 61, 1°, van de Chequewet is het voldoende dat hij die de cheque uitgereikt, bewust gehandeld heeft, dus dat hij wist dat de cheque niet gedekt was ten tijde van de uitgifte.

De strafrechter is niet strikt gebonden aan de bij de artt. 1 en 2 van de Chequewet gestelde voorwaarden inzake geldigheid van de cheque. Met name staat het niet vermelden van de dagtekening en de plaats waar de cheque wordt getrokken, niet noodzakelijk het bestraffen van de uitgifte van een ongedekte cheque in de weg, nu daarmee de bescherming van het publiek en een vlot en veilig handelsverkeer wordt beoogd. In dat opzicht is de veroordelende beslissing reeds naar recht verantwoord, wanneer de uitgegeven titel wordt beschouwd als een cheque in de gewone betekenis van het woord.

S.

Gelet op het bestreden arrest, op 2 december 1981 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen ;

Over de twee middelen samen, het eerste afgeleid uit de schending van artikel 97 van de Grondwet,

doordat het arrest vermeldt dat «zelfs als een cheque wegens het ontbreken van een bij de wet voorgeschreven vermelding, met name van de dagtekening, niet langer geldig is als handelspapier, artikel 61, eerste lid, van de wet van 1 maart 1961 toch van toepassing is, mits : 1) de trekker bij de afgifte wist dat de cheque niet gedekt was ; 2) de uitgegeven titel als cheque wordt beschouwd in de gewone betekenis van het woord, welke twee voorwaarden ten deze vervuld zijn» ; dat het met die vermelding niet antwoordt op het verweermiddel van eiser ten betoge dat de strafbepalingen weliswaar van toepassing zijn, zelfs als de cheque niet regelmatig is naar de vorm, doch zulks op voorwaarde dat hij die de cheque uitgereikt, te kwader trouw heeft gehandeld, terwijl ten deze eiser te goeder trouw was, aangezien hij met de nemer van de cheque overeengekomen was dat de dagtekening vermeld zou worden op de dag van de betaling ; uit de considerans van het arrest volgens welke de betrokken titel nooit gedekt geweest was, niet kan worden afgeleid dat eiser bij de uitgifte van de titel te kwader trouw was ;

het tweede afgeleid uit de schending van de artikelen 1, 2 en 61 van de wet van 1 maart 1961 betreffende de invoering in de nationale wetgeving van de eenvormige wet op de cheque en de inwerkingtreding van deze wet,

doordat het arrest de door eiser ondertekende titel aanmerkt als een cheque in de zin van de wet en eiser veroordeelt wegens uitgifte van een ongedekte cheque,

terwijl de cheque op het ogenblik van de afgifte niet gedagtekend was zoals vereist wordt door artikel 1, 5°, van de wet van 1 maart 1961, en de titel waarin een der in artikel 1 aangegeven vermeldingen ontbreekt, volgens artikel 2 van die wet niet geldt als cheque ; de titel op het ogenblik van de afgifte niet gedagtekend was en de dagtekening pas later, in strijd met wat de partijen overeengekomen waren, werd aangebracht door de persoon aan wie de cheque werd overhandigd, aangezien de klager zelf verklaart dat eiser bij de afgifte van de «cheque» de wens had uitgesproken dat hij vooraf op de hoogte zou worden gebracht van de aanbieding ter incasso ; eiser niet te kwader trouw was op het ogenblik van de afgifte van de titel, zodat er bij hem geen sprake is van het opzet om de «wederpartij» te bedriegen en de toepassing van de wet te ontduiken :

Overwegende dat beklaagde vervolgd werd, ter zake dat hij in strijd met artikelen 61, lid 1, 2 en 6 van de wet van 1 maart 1961 wetens en willens een cheque heeft uitgegeven zonder voorafgaand, toereikend en beschikbaar fonds ;

Overwegende dat, enerzijds, het voor de toepassing van artikel 61, 1°, van de wet van 1 maart 1961 voldoende is dat hij die de cheque uitgereikt, bewust gehandeld heeft, dus dat hij wist dat de cheque niet gedekt was ten tijde van de uitgifte ;

Overwegende dat, anderzijds, de strafrechter niet strikt gebonden is aan de bij de artikelen 1 en 2 van de wet van 1 maart 1961 gestelde voorwaarden inzake geldigheid van de cheque ;

Dat met name het niet vermelden van de dagtekening en de plaats waar de cheque wordt getrokken, niet noodzakelijk het bestraffen van de uitgifte van een ongedekte cheque in de weg staat, nu daarmee de bescherming van het publiek en een vlot en veilig handelsverkeer wordt beoogd ;

Dat in dat opzicht de veroordelende beslissing reeds naar recht verantwoord is, wanneer de uitgegeven titel wordt beschouwd als een cheque in de gewone betekenis van het woord ;

Overwegende dat het arrest vermeldt «dat zelfs als een cheque wegens het ontbreken van een bij de wet voorgeschreven vermelding, met name van de dagtekening, niet langer geldig is als handelspapier, artikel 61, eerste lid, van de wet van 1 maart 1961 niettemin van toepassing is, mits 1) de trekker bij de afgifte wist dat de cheque niet gedekt was, 2) de uitgegeven titel beschouwd wordt als een cheque in de gewone betekenis van het woord, welke twee voorwaarden ten deze vervuld zijn ; dat de telastlegging bijgevolg bewezen blijft ; dat overigens dient te worden opgemerkt dat uit het ter zitting van het hof (van beroep) gevoerde onderzoek blijkt dat de op de Amsterdam-Rotterdambank getrokken cheque nooit gedekt is geweest, zelfs niet nadat klaagster die de bestelde koopwaar wilde leveren, aan beklaagde bij aangetekend schrijven had laten weten dat ze de cheque ter betaling zou aanbieden, hetgeen in strijd is met de bewering van beklaagde als zou hij te goeder trouw hebben gehandeld» ;

Dat het arrest aldus antwoordt op het in het middel aangegeven verweer en de beslissing naar recht verantwoordt ;

Dat geen van beide middelen kan worden aangenomen ;
(...)

NOOT—*De cheque zonder dekking*

1. De in het bovenstaande arrest vermelde definitie van het opzet als een desbewust handelen ligt helemaal in de lijn van P. Legros' opvattingen (Cf. *L'élément moral dans les infractions*). Art. 61, 1°, van de Chequewet maakt gewag van een «wetens en willens» (in het Frans: «sciement») uitgeven van een cheque zonder voorafgaand, toereikend en beschikbaar fonds, maar de hier gebezigde terminologie is duidelijker en logischer.

Er is de laatste jaren zoveel geschreven en gediscussieerd over het opzet, dat de gewone rechtspracticus aan zichzelf begon te twijfelen: de voorgestelde definitie is die van het gezond verstand.

Zie in verband hiermee: Hof Antwerpen, 8 november 1975, *R.W.*, 1975-76, 1580; Hof Antwerpen, 27 februari 1976, *R.W.*, 1975-76, 2157; Cass., 5 april 1978, *Pas.*, 1978, I, 867; E. Brewaers, «De cheque. Overzicht van rechtspraak 1975-77», *R.W.*, 1977-78, 2545.

2. Wat de geldigheidsvoorwaarden van de cheque in strafzaken betreft, wordt hier verwezen naar Cass., 19 januari 1976, *R.W.*, 1976-77, 425, met noot van L. De Wilde en A. Vandeplass. Noteren we terloops de uiterste voorzichtigheid die het Hof van Cassatie aan de dag legt, waar vermeld wordt dat de niet-vermelding van de dagtekening en de plaats waar de cheque wordt getrokken «niet noodzakelijk het bestraffen van de uitgifte van de ongedekte cheque in de weg staat».

A. Vandeplass

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 8 JUNI 1982

Voorzitter: de h. Châtel

Raadsheer-rapporteur: de h. D'Haenens

Advocaat-generaal: de h. Tillekaerts

Advocaat: mr. Daeleman

Bescherming van de maatschappij — Terbeschikkingstelling van de regering — Ontheffing — Termijn.

De termijn van drie jaar, bepaald bij art. 26 van de wet van 9 april 1930, neemt een aanvang op het ogenblik van het verstrijken van een straf, d.w.z. de andere straffen dan de terbeschikkingstelling van de regering, en niet vanaf de daadwerkelijke beroving van de vrijheid ingevolge de bevoelen terbeschikkingstelling.

C.

Gelet op het bestreden arrest, op 30 maart 1982 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Overwegende dat het arrest de vraag van eiser om ontheven te worden van de gevolgen van de terbeschikkingstellingen van de regering, die tegen hem werden uitgesproken voor een termijn van tien jaar bij vonnis van 2 juli 1957 van de Correctionele Rechtbank te Gent, voor een termijn van tien jaar bij arrest van 10 februari 1965 van het Hof van

Beroep te Gent en voor een termijn van vijf jaar bij vonnis van 14 juli 1971 van de Correctionele Rechtbank te Brugge, niet ontvankelijk verklaart;

Over het ambtshalve aangevoerde middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 97 van de Grondwet en 26 van de wet tot bescherming van de maatschappij;

Overwegende dat, luidens artikel 26 van de wet van 9 april 1930 tot bescherming van de maatschappij tegen de abnormalen en de gewoontemisdadigers, als vervangen bij artikel 1 van de wet van 1 juli 1964, de recidivisten en de gewoontemisdadigers die ter beschikking van de regering zijn gesteld krachtens de artikelen 22 en 23 van die wet, kunnen vragen van de gevolgen van die beslissing ontheven te worden en die aanvraag ingediend mag worden drie jaar na het verstrijken van de straf en vervolgens om de drie jaar, wanneer de duur van de terbeschikkingstelling van de regering tien jaar niet te boven gaat;

Overwegende dat de termijn van drie jaar, bepaald bij voornoemd artikel 26, een aanvang neemt op het ogenblik van het verstrijken van de straf — dit wil zeggen de andere straffen dan de terbeschikkingstelling van de regering — en niet vanaf de daadwerkelijke beroving van de vrijheid ingevolge de bevoelen terbeschikkingstelling;

Overwegende dat het arrest het verzoek van eiser niet ontvankelijk verklaart op grond «dat de bij arrest van 20 augustus 1957 (lees: vonnis van 2 juli 1957) uitgesproken terbeschikkingstelling van de regering voor een termijn van tien jaar slechts een aanvang heeft genomen op 17 augustus 1966 en dat door de opeenvolgende schorsingen gedurende de uitvoering van verschillende door de verzoeker opgelopen vrijheidsberovende straffen, er tot nu toe voor geen enkel van de terbeschikkingstellingen van de regering, van de gevolgen waarvan verzoeker vraagt ontheven te worden, de vereiste termijn van drie jaar is verstreken»;

Overwegende dat aldus uit het arrest of uit andere stukken waarop het Hof vermag acht te slaan niet blijkt op welke data de straffen verstreken zijn, naar aanleiding waarvan de drie terbeschikkingstellingen van de regering zijn uitgesproken waarvan eiser de opheffing vraagt; dat het Hof aldus in de onmogelijkheid verkeert na te gaan of, op het tijdstip van eisers aanvraag, de termijn van drie jaar sedert het verstrijken van die straffen al dan niet bereikt was, en derhalve de wettigheid van de beslissing niet kan beoordelen;

(...)

NOOT—*De terbeschikkingstelling van de regering*

1. De tenuitvoerlegging van de terbeschikkingstelling van de regering neemt pas aanvang bij het verstrijken van de andere vrijheidstraffen.

Wanneer de veroordeelde tijdens de tenuitvoerlegging van de terbeschikkingstelling van zijn vrijheid wordt beroofd, hetzij in de vorm van voorlopige hechtenis, hetzij krachtens een definitieve veroordeling, dan wordt de tenuitvoerlegging van de terbeschikkingstelling tijdens de duur van deze hechtenis geschorst (Cass., 27 februari 1956, *Pas.*, 1956, 672).

Wanneer een veroordeelde bij twee opeenvolgende beslissingen wegens niet samenlopende misdrijven ter beschikking van de regering is gesteld, neemt de bij de tweede beslissing gelaste terbeschikkingstelling slechts een aanvang

na verloop van de eerste, indien deze haar eindpunt niet bereikt heeft bij de afloop van de bij de in de tweede plaats gewezen beslissing uitgesproken gevangenisstraf (cf. Cass., 5 oktober 1953, *Pas.*, 1954, I, 72).

2. In dezelfde zin: Cass., 17 april 1973, *Pas.*, 1973, I, 795; L. Cornil, *La loi de défense sociale*, p. 82, nr. 70; G. Schuind, *Traité pratique de droit criminel*, 4e ed., I, 253.

A. Vandeplas

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 30 APRIL 1982

Eerste voorzitter: de h. Wauters

Raadsheer-rapporteur: de h. Soetaert

Advocaat-generaal: de h. Krings

Advocaat: mr. Houtekier

Bewijs — Begin van schriftelijk bewijs — Akte waardoor het beweerde feit waarschijnlijk wordt gemaakt — Begrip.

Art. 1347, tweede lid, B.W. beschouwt als begin van schriftelijk bewijs elke geschreven akte die uitgegaan is van degene tegen wie de vordering wordt ingesteld, of van de persoon die hem vertegenwoordigt, en waardoor het beweerde feit waarschijnlijk wordt gemaakt.

Het is niet tegenstrijdig een zelfde stuk enerzijds te beschouwen als bewijs van een bepaald feit, ten deze een gedeeltelijke betaling, en anderzijds te verwerpen als begin van schriftelijk bewijs van een ander feit, ten deze de betaling van het meerdere, inzonderheid door overdracht van roerende goederen, omdat het stuk dit laatste feit niet waarschijnlijk maakt.

De N. t/ D.

Gelet op het bestreden arrest, op 15 januari 1981 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 1322, 1341, 1347, 1908 van het Burgerlijk Wetboek, 23, 24 en 26 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het arrest het beroepen vonnis tenietdoet in zoverre het eiseres heeft toegelaten te bewijzen, door alle middelen rechtens, getuigen inbegrepen, dat zij aan verweerder verscheidene roerende goederen van grote waarde heeft overhandigd ter afbetaling van haar schuld en, te dien aanzien opnieuw wijzend, voor recht zegt dat het eiseres voorts nog niet toegelaten is het kwestieuze feit te bewijzen op een andere wijze dan door geschrift, op de volgende gronden: volgens eiseres is het opvallend dat twee van de door de echtgenote van verweerder ondertekende, maar niet gedagtekende, ontvangstbewijzen de volgende meldingen dragen: «ontvangen de som van 15.000 frank als teruggave geleend geld en saldo dezer», «ontvangen de som van 13.000 frank als saldo geleend geld en afsluiting rekeningen». Zij meent in deze stukken een begin van bewijs door geschrift te zien, zodat overeenkomstig de bepaling van artikel 1347, 1°, van het Burgerlijk Wetboek uitzondering

wordt gemaakt op de in de artikelen 1341 tot 1346 van het Burgerlijk Wetboek vermelde regels. Aldus zou het terecht zijn dat de eerste rechter haar toegelaten heeft te bewijzen dat de afsluiting van de rekening tussen partijen onder meer geschiedde deels door betaling in specien, deels door aflevering van roerende voorwerpen. Het hof is gebonden door de niet bestreden beslissing van de eerste rechter waarbij de voormelde kwijtschriften als geldige kwijtingen worden beschouwd in verband met de schuldvordering van verweerder. Er mag evenwel niet uit het oog verloren worden, enerzijds, dat eiseres op drie verschillende data belangrijke geldsommen heeft geleend (600.000 + 500.000 + 415.000), anderzijds, dat die kwitanties geen precisering inhouden in verband met de lening waarop zij betrekking hebben of met betrekking tot de datum waarop ze overhandigd werden aan eiseres, ten slotte, dat verweerder erkent dat hem reeds 616.187 frank werd betaald. Zolang niet vaststaat op welke van de drie leningen die kwijtschriften betrekking hebben of wanneer zij opgemaakt werden, kan niet aangenomen worden dat zij akten vormen waardoor het beweerde feit van de betaling van de drie leningen samen met verscheidene roerende goederen van grote waarde (buiten de door verweerder niet betwiste betaling van 616.787 frank) waarschijnlijk wordt gemaakt; zij vormen met andere woorden in dat verband geen begin van bewijs door geschrift. In die omstandigheden is het ten onrechte dat de eerste rechter aan eiseres heeft toegelaten door alle middelen rechtens, getuigen inbegrepen, te bewijzen «dat zij aan verweerder meerdere roerende goederen van grote waarde heeft overhandigd ter betaling van haar schuld»,

terwijl, eerste onderdeel, het arrest, dat de door eiseres voorgebrachte kwijtingen, hoewel deze niet per afzonderlijke lening kunnen worden geïndividualiseerd en niet gedateerd zijn, in aanmerking neemt als bewijzen van gedeeltelijke betaling dezer leningen, niet zonder tegenstrijdigheid dezelfde kwijtingen als begin van bewijs voor de verdere betaling wegens dit gebrek aan individualisatie per lening en aan datering kon verwerpen; immers, wanneer deze vaststellingen geen afbreuk doen aan de bewijswaarde dezer stukken als betaling, zij evenmin het gebruik van dezelfde stukken als begin van bewijs kunnen verhinderen (schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 1322, 1341, 1347 en 1908 van het Burgerlijk Wetboek);

tweede onderdeel, de eerste rechter, in het niet bestreden gedeelte van zijn vonnis, de door eiseres betaalde sommen, waarvoor kwijtingen waren opgesteld, afgetrokken heeft van het samengevoegd bedrag der leningen en daardoor noodzakelijk en zeker beslist heeft dat deze betalingen ook op die leningen afzonderlijk gezien betrekking hadden; het arrest derhalve, door die kwijtingen als begin van bewijs voor verdere betalingen te verwerpen omdat zij niet per lening konden worden geïndividualiseerd, het gezag van geijdsde van dat vonnis miskent (schending van de artikelen 23, 24 en 26 van het Gerechtelijk Wetboek);

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat artikel 1347, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek als begin van schriftelijk bewijs beschouwt elke geschreven akte die uitgegaan is van degene tegen wie de vordering wordt ingesteld, of van de persoon die hem vertegenwoordigt, en waardoor het beweerde feit waarschijnlijk wordt gemaakt;

Overwegende dat het niet tegenstrijdig is een zelfde stuk enerzijds te beschouwen als bewijs van een bepaald feit, ten deze een gedeeltelijke betaling, en anderzijds te verwerpen als begin van schriftelijk bewijs van een ander feit, ten deze de betaling van het meerdere, inzonderheid door overdracht van roerende goederen, omdat het stuk dit laatste feit niet waarschijnlijk maakt;

Dat het onderdeel in zoverre niet kan worden aangenomen;

Overwegende dat de rechter, mits hij het begrip «waarschijnlijkheid» niet miskent, op onaantastbare wijze in feite beoordeelt of een geschrift al dan niet een te bewijzen feit waarschijnlijk maakt;

Dat het onderdeel, in zoverre het betwist dat de rechters niet konden weigeren het stuk als een begin van schriftelijk bewijs in aanmerking te nemen op grond dat er verschillende leningen zijn geweest en de kwijtschriften geen precisering inhouden in verband met de lening waarop ze betrekking hebben, opkomt tegen de beoordeling van feiten door de rechter en mitsdien niet ontvankelijk is;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat het beroepen vonnis weliswaar aanneemt dat de door eiseres overgelegde kwijtingen bewijswaarde hebben behoudens bewijs van het tegendeel, wat betreft hun toerekening op de totale schuld, maar geen eindbeslissing inhoudt wat betreft de toerekening van de betaalde bedragen op een of meer van de drie leningen noch zelfs op het totale verschuldigde kapitaal of de rente;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

(...)

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

1e KAMER — 22 SEPTEMBER 1982

Voorzitter: de h. Kiebooms

Rechtsz: mevr. Bafcop-Spinooy en Carré-Bosmans

Openbaar ministerie: de h. Kinart

Advocaat: mr. Vervroegen

Afstamming — Erkennung van overspelig kind — Feitelijk overspelig kind is niet ontkend — Huwelijk van overspelige ouder niet ontbonden.

Machtiging tot erkenning van een overspelig kind binnen de voorwaarden bepaald in de artt. 331 en 334 B.W. kan verleend worden m.b.t. een feitelijk overspelig kind dat het statuut van wettig kind heeft en niet ontkend is.

Voor de erkenning van een overspelig kind is niet vereist dat het huwelijk van de overspelige ouder effectief ontbonden is.

W.

Gehoord verzoeker, bijgestaan door meester G. Vervroegen, en de wettige ouders van het kind, verschijnend in persoon, in hun middelen en gezegden in raadkamer op datum van 9 september 1982, alsmede de heer R. Kinart, eerste substituut-procureur des Konings, in zijn eensluidend mondeling advies;

Overwegende dat het verzoek ertoe strekt machtiging te verkrijgen om het kind M. de H., geboren te Antwerpen op 5 juni 1979 als wettige dochter van J. de H. en van N.C., te erkennen op grond van art. 335 B.W.;

Overwegende dat volgens dit artikel een dergelijke erkenning slechts in de gevallen en op de wijze bepaald in art. 331 B.W. kan plaatsvinden;

Overwegende dat art. 331 B.W. als voorwaarden tot wetgeving van een overspelig kind stelt:

1. de machtiging van de rechtbank,

2. dat het vorig huwelijk het voorwerp uitmaakte van een procedure tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed,

3. dat het kind geboren werd 300 dagen na het proces-verbaal bedoeld in art. 1258 Ger. W.

4. dat de wetgeving niet tegenstrijdig is met een vroeger bezit van staat van wettig kind;

Overwegende dat uit de overgelegde stukken blijkt dat tussen de wettige ouders van het te erkennen kind, in een procedure van echtscheiding, op 1 december 1977 een proces-verbaal van niet-verzoening werd opgesteld, d.w.z. méér dan 300 dagen voor de geboorte, en de ouders een afzonderlijk verblijf hebben;

Overwegende dat verzoeker nooit gehuwd was; dat niet vereist is voor een erkenning dat het huwelijk van de andere ouder ontbonden is door echtscheiding (*R.W.*, 1981-82, 2697 e.v. en Brussel, 4.12.1959, *Pas.*, 1960, II, 204);

Dat het kind een overspelig kind «in feite» is, doch al. 3 van art. 331 B.W. niet vereist voor een erkenning dat het vooraf door zijn wettige vader ontkend werd (*Jur. Liège*, 16 febr. 1980, p. 52 nrs. 3 e.v.; Baeteman & Gerlo, *TPR*, 1981, overzicht rechtspraak, p. 892);

Overwegende dat inderdaad uit de overgelegde stukken blijkt dat de wettige vader nooit enige positieve daad heeft gesteld om dit kind in zijn familie op te nemen; dat hij, volgens zijn zeggen, ter zitting van 9 september 1982, thans wel een procedure in ontkenning van vaderschap zou hebben ingeleid; dat anderzijds blijkt dat M. sinds haar geboorte opgenomen werd in het feitelijk gezin van verzoeker met haar moeder, eerst te Wilrijk, later, vanaf 31 december 1979, te Merksem; dat het kind als zijnde te zijnen laste opgeschreven staat bij het ziekenfonds en bij de bevolkingsdiensten;

Overwegende dat aldus aan alle voorwaarden van art. 331 B.W. voldaan is; dat ter zitting van 9 september 1982 de wettige ouders van het kind bevestigden tegen het verzoek generlei bezwaren te formuleren;

*Om die redenen,
de Rechtbank,*

Machtigt verzoeker om te erkennen, het kind M. (...)

NOOT—Wettige kinderen kunnen erkend worden

1. Bovenstaand vonnis maakt toepassing van een mogelijkheid die de wetgever bij de W. 10 februari 1958 heeft gewild: erkenning van overspelige kinderen is mogelijk m.b.t.

a) kinderen die het statuut van *natuurlijk* kind hebben hetzij ze niet-erkend natuurlijk kind zijn, hetzij ze natuur-

lijk (en veelal overspelig) kind geworden zijn ten gevolge van een ontkenning;

b) kinderen die het statuut van *wettig* kind hebben, als de erkenning maar niet in strijd is met een vroeger bezit van staat van wettig kind (art. 334 B.W.). Deze mogelijkheid moet uit de eis van ontstentenis van een bezit van staat van wettig kind afgeleid worden.

De rechten van de wettige vader worden enkel door de voorwaarde van ontstentenis van bezit van staat van wettig kind beschermd. In de zaak die tot bovenstaand vonnis leidde werd de wettige vader gehoord: een elementaire voorzorg.

Zodra de rechtbank de machtiging tot erkenning heeft gegeven, en de erkenning heeft plaatsgehad, heeft het kind als enige vader de erkenner. M.a.w. wordt hier — zonder dat bij mijn weten daar ooit over gepiekerd is — een conflict van vaderschap opgelost in het voordeel van de natuurlijke vader: de afstamming op grond van erkenning primeert de afstamming op grond van de *pater is est*-regel. (Dit belangrijk aspect van de erkenning rechtvaardigt misschien de op het eerste gezicht overbodige tussenkomst van de rechtbank bij de erkenning.)

Door haar eenvoud steekt de Belgische regeling gunstig af t.o. de Franse praktijk. In Frankrijk neemt men op grond van (het wat cryptische) art. 334-9 C.C.F. aan dat een op papier wettig kind, zonder bezit van staat van wettig kind, erkend kan worden door zijn biologische vader (zie bv. Huet-Weiller, D., «Le droit français de la filiation», in Pauwels, J., ed., *La réforme du droit de la filiation*, Brussel, Bruylant, 1981, p. 58, nr. 106). Maar in zo'n geval moet in Frankrijk het conflict van vaderschap door de rechtbank opgelost worden.

2. Tot in 1979 was bovengenoemd geval met het geval bedoeld in art. 315, 1e lid, B.W. het enige waarin een wettig kind kon worden erkend.

Ten gevolge van de directe werking van het Marckx-arrest (of juist: de directe werking van de door het Straatsburger Hof in het Marckx-arrest gegeven interpretatie van het E.V.R.M.) moet men nu aannemen dat de erkenning van een kind mogelijk is, ook als daaruit zou voortvloeien dat het kind wettig wordt. Ik bedoel dat een gehuwde vrouw een kind moet kunnen erkennen dat tijdens haar huwelijk verwekt werd. Als algemene regel zou ik niet stellen dat een *man* zijn biologisch kind kan erkennen dat wegens de vaderschapsregel een andere (wettige) vader heeft. Op dit punt weerspiegelen de art. 331-335 B.W. waarschijnlijk (hoe ongelooflijk het ook klinkt) vrij goed de geest van het Marckx-arrest.

J.M. Pauwels

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

KORT GEDING — 10 MAART 1982

Voorzitter: de h. Colaert

Openbaar ministerie: de h. Cauwe

Advocaten: mrs. Arnou en de Caluwé

1. Bezoekrecht — Grootouders — Echtscheidingsprocedure ouders — Voorlopige maatregelen kort geding — Vordering niet toelaatbaar — 2. Burgerlijke rechtspleging —

Kort geding — Vordering niet toelaatbaar — Art. 88, § 2, Ger. W. niet toepasselijk.

1. *Grootouders kunnen een eis tot het verkrijgen van bezoekrecht tijdens de echtscheidingsprocedure van hun kind en behuwd kind niet aanhangig maken bij de voorzitter rechtsprekend in kort geding in het kader van de voorlopige maatregelen bepaald in art. 1280, 1e lid, Ger. W.*

2. *Art. 88, § 2, Ger. W. is niet toepasselijk ingeval de voorzitter in kort geding oordeelt dat de vordering niet toelaatbaar is, noch op grond van art. 584 Ger. W., noch op grond van art. 1280, 1e lid, Ger. W.*

L. en De R. t/ M.

A. Feitelijke gegevens

Eisers zijn de grootouders van het kind L.D., dat het kind is van hun zoon Roger en gedaagde.

Ten gevolge van onenigheid tussen laatstgenoemden, verliet gedaagde in 1977 haar man (waarmee ze toen in Spanje was gevestigd) en nam het gemeenschappelijk kind mee. Tussen betrokkenen is sindsdien een echtscheidingsprocedure hangende.

Eisers vorderen dat hun een bezoekrecht zal worden toegekend telkens als zij uit Spanje naar België komen. Ze vrezen dat het kind van hen zou vervreemden.

B. Beoordeling

Ter zake moet gezegd worden dat grootouders bezwaarlijk voorlopige maatregelen kunnen vragen in het kader van een echtscheidingsprocedure die tussen hun zoon en schoondochter hangende is. Een dergelijke vordering kan niet worden toegelaten omdat ze strijdig is met het wezen zelf van de voorlopige maatregelen. Deze hebben enkel betrekking op de persoon, op het levensonderhoud en op de goederen van partijen zelf en van hun kinderen.

Ter zake wordt de vordering enkel ingesteld door derden — de grootouders — ter vrijwaring van eigen belangen.

Daarenboven dient te worden opgemerkt dat, voor zover eisers zich tot de voorzitter in kort geding zouden wenden wegens het dringend karakter van de zaak, die een onmiddellijke oplossing zou vergen op gevaar af zware schade te berokkenen, er ter zake bezwaarlijk van urgentie kan worden gewaagd, nu de toestand bestaat sinds 1977.

Ten onrechte voeren eisers aan dat als de voorzitter, geaddieerd in kort geding, over zijn bevoegdheid zou twijfelen, hij de zaak op basis van artikel 88, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek naar de volgens hem bevoegde kamer dient te verwijzen.

Vooreerst dient te worden opgemerkt dat een geschil aanbrengen bij de voorzitter om het te laten beslechten in kort geding, een heel ander karakter vertoont, dan zich wenden tot de voorzitter inzake verdeling van de burgerlijke zaken over de verschillende kamers van de rechtbank.

Niet alleen vindt zijn optreden in het laatste geval een andere rechtsbron doch tevens dient een procedure te worden gevolgd, die precies beschreven wordt in artikel 88, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek en die in limine litis moet worden opgeworpen.

Daarenboven is het probleem eerder dan een kwestie van bevoegdheid een kwestie van toelaatbaarheid.

Een vordering door derden, gegrift op de voorlopige maatregelen, te nemen in een echtscheidingsprocedure, kan

niet toegelaten worden, evenmin trouwens als een vordering die geen dringend karakter vertoont (Laenens, *T.P.R.*, 1980, 123, nr. 18).

(...)

NOOT—De volstreckte bevoegdheid inzake de vordering van de grootouders tijdens de echtscheidingsprocedure

1. Eisers wensten een bezoekrecht te bekommen t.a.v. hun kleinkind, en hadden zich hiervoor gewend tot de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg op basis van twee elementen: de bevoegdheid van de voorzitter om tijdens de procedure tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten voorlopige maatregelen te nemen (art. 1280, 1e lid, Ger. W.), en de bevoegdheid van de voorzitter in spoedeisende gevallen (art. 584, 1e lid, Ger. W.).

2. Vanzelfsprekend kan een bezoekrecht in spoedeisende gevallen worden toegekend door de voorzitter, zowel aan de grootouders als aan andere houders van het bezoekrecht; dit zal o.m. het geval zijn wanneer een houder van het bezoekrecht in het verleden contacten met het kind onderhield, en men aldus wenst te voorkomen dat, door het onderbreken ervan, deze persoon van het kind vervreemdt (De Groote, *Bezoekrecht*, A.P.R., 1968, 2e uitg., nr. 90; toepassingen m.b.t. de grootouders: Hof Brussel, 3 (8?) januari 1974, *Cah. Dr. Fam.*, 1973-74, nr. 4, 21, *Pas.*, 1974, II, 83; Hof Bergen, 25 juni 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 333).

In het onderhavige geval was de voorzitter evenwel van oordeel dat er geen dringendheid was.

3. Voorts wordt in de geannoteerde beschikking gezegd dat grootouders *bezwaarlijk* voorlopige maatregelen kunnen vorderen op grond van art. 1280, 1e lid, Ger. W. in het kader van een echtscheidingsprocedure die tussen hun kind en hun behuud kind hangende is. Wezenlijk worden hier toe drie argumenten aangewend, waarvan één impliciet.

4.a. Een dergelijke vordering zou strijdig zijn met het *wezen* zelf van de voorlopige maatregelen. De essentie van de voorlopige maatregelen is dat voor de duur van de echtscheidingsprocedure — die doorgaans vrij lang is — de belangen van de partijen en van de kinderen veilig gesteld worden door het nemen van maatregelen met een voorlopig karakter. Men ziet niet goed in op welke wijze de regeling van het bezoekrecht van de grootouders, d.w.z. van de omgang tussen grootouders en kleinkind tijdens de echtscheidingsprocedure van het kind en behuud kind resp. de ouders, hiermee in strijd zou kunnen zijn.

5.b. Anderen dan de ouders zouden geen houder zijn van het vorderingsrecht op basis van art. 1280 Ger. W., dat trouwens de regeling inhoudt van een bijzondere procedure tijdens het geding tot echtscheiding dat tussen de echtgenoten hangende is. Laat me al direct opmerken dat art. 1280 Ger. W. een regel van bevoegdheid en van procedure inhoudt, terwijl de materie van de rechten en plichten inzake de persoon en de goederen van de echtgenoten en van de kinderen tijdens de echtscheidingsprocedure inhoudelijk beheerst wordt door andere rechtsregels (cf. Rigaux, *Les Personnes*, I, 1971, nr. 2132; *Mise à jour*, 1978, nrs. 89-90). Daarenboven beperkt art. 1280, 1e lid, Ger. W. er zich toe het voorwerp te bepalen van de maatregelen die de voorzitter kan nemen, zonder zich uit te spreken over de

personen die de hoedanigheid hebben om zich tot hem te wenden.

Daarentegen bepaalt art. 1279 Ger. W. dat de daar gestelde regeling inzake het voorlopig bestuur over de persoon en de goederen van de kinderen slechts geldt «onder voorbehoud van de beslissingen die in het belang van de kinderen door de voorzitter, rechtsprekend in kort geding, op verzoek *hetzij van partijen of van een ervan, hetzij van de procureur des Konings*, mochten worden gewezen». Uit deze bepaling zou op het eerste gezicht afgeleid kunnen worden dat uitsluitend de echtgenoten en het O.M. hoedanigheid hebben om zich tot de voorzitter te wenden (*in die zin*, m.b.t. de vordering van de grootouders ingeleid bij wijze van vrijwillige tussenkomst: Hof Brussel, 5 december 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 326, bevestiging van Kort ged. Brussel, 15 juli 1977, *l.c.*).

Een dergelijke stelling werd door bepaalde rechtspraak insgelijks verdedigd m.b.t. het vergelijkbare art. 302, 3e lid, B.W., dat bepaalt dat, na de echtscheiding op grond van bepaalde feiten, de jeugdrechtbank m.b.t. het bestuur over de kinderen in alle gevallen een beslissing kan nemen in het belang van de kinderen «hetzij op verzoek van de partijen of van een ervan, hetzij van de procureur des Konings» (Rb. Nijvel, 12 november 1968, *Rec. Niv.*, 1970, 69).

Hier tegen kan worden opgeworpen dat in art. 1279 Ger. W. uitsluitend sprake is van «het voorlopig bestuur over de persoon en de goederen van de kinderen» en niet van de andere regelingen m.b.t. de kinderen zoals het bezoekrecht, alsook — wat een sterker argument is — dat tegenwoordig de rechtspraak en de rechtsleer aannemen dat geen monopolie verleend is aan de ouders en aan het O.M. om m.b.t. de uitoefening van het ouderlijk gezag een beroep te doen op de rechterlijke macht wanneer het belang van de minderjarige zulks vereist, en dat met name de grootouders daartoe een vordering kunnen inleiden (*in die zin*: Kort ged. Luik, 20 december 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 146: op basis van dringendheid, tijdens een procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming; Hof Luik, 14 februari 1978, *Jur. Liège*, 1977-78, 289, *J.T.*, 1978, 495: hoger beroep tegen kort geding op basis van dringendheid; Hof Luik (Jgdk.), 12 juni 1979, *Jur. Liège*, 1978-79, 299, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 401: hoger beroep tegen vonnis jeugdrechtbank op basis van art. 302 B.W.; cf. Rb. Nijvel, 6 mei 1969, *Rec. Niv.*, 1970, 64 (motieven), bevestigd door Hof Brussel, 8 december 1971, *J.T.*, 1972, 49, *Pas.*, 1972, II, 36, *Rev. Dr. Fam.*, 1972, 46; *in dezelfde zin*: Vieujeant, «Examen de jurisprudence (1970 à 1975) — Personnes», *R.C.J.B.* 1978, 414-416, nr. 181; De Leval, noot bij Kort ged. Antwerpen, 25 april 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 329; Meulders-Klein, «A propos du droit de visite des grands-parents d'origine en cas de légitimation par adoption et du fondement du droit de visite des tiers en général», *Rev. Not. B.*, 1978, 118 e.v., nr. 35, p. 142-143).

Aangezien derhalve aangenomen wordt dat de grootouders hoedanigheid hebben om een rechtsvordering in te leiden om een wijziging te vorderen in de wijze van uitoefening van het ouderlijk gezag over hun kleinkinderen, en zij vanzelfsprekend ook een moreel en familiaal belang — artt. 17-18 Ger. W. — erbij hebben dat hun kleinkinderen goed worden onderhouden en opgevoed (cf. Hof Luik (Jk.), 12 juni 1979, *aangeh.*; Hof Brussel, 5 december

1978, *aangeh.*; zie ook, m.b.t. de interferentie tussen de begrippen «hoedanigheid» en «belang» m.b.t. het bezoekrecht van de grootouders en andere derden in het algemeen: Rémon, «Du droit de visite des grands-parents et des tiers», *Rev. Rég. Dr.*, 1980, 7 e.v., p. 18-19, noot 44), blijft alleen nog de vraag tot welke rechtbank zij zich hiervoor kunnen wenden. De volstreekte bevoegdheid wordt bepaald naar het voorwerp en de waarde van de vordering en in voorkomend geval het spoedeisend karakter ervan, alsook, wanneer de wet zulks uitdrukkelijk bepaalt, naar de hoedanigheid van de partijen (art. 9 Ger. W.; cf. Cambier, *Droit judiciaire civil*, II, Brussel, 1981, p. 43-46). Bij gebreke van uitdrukkelijke bepaling en gezien de identiteit van het voorwerp van de vordering — de controle op de uitoefening van het ouderlijk gezag — is de bevoegde rechtbank ter zake dezelfde als die welke bevoegd is inzake een rechtsvordering m.b.t. de uitoefening van het ouderlijk gezag uitgaande van een van de ouders of van het O.M., d.w.z. de jeugdrechtbank, de burgerlijke kamers van de rechtbank van eerste aanleg of de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, al naar gelang van het geval.

Daar art. 1280 Ger. W. zoals gezegd niet de minste inhoudelijke regel bevat maar zich beperkt tot het regelen van de bevoegdheid en de procedure, tijdens het echtscheidingsgeding, voor alle vorderingen die betrekking hebben op de persoon, op het levensonderhoud en op de goederen van de kinderen, moet worden aangenomen dat ook de grootouders de hoedanigheid hebben om dergelijke vordering in te leiden.

Terloops dient te worden aangestipt dat dezelfde redenering niet gevolgd kan worden inzake de dringende en voorlopige maatregelen te nemen op basis van art. 223 B.W., aangezien voor de bevoegdheid van de vrederechter het bewijs vereist wordt ofwel dat een van de echtgenoten grove lijn zijn plichten verzuimt, ofwel dat de verstandhouding tussen de echtgenoten ernstig verstoord is, en anderen dan de echtgenoten vanzelfsprekend niet de hoedanigheid hebben om betreffende echtelijke moeilijkheden maatregelen van de rechterlijke macht uit te lokken (cf. Spruyt, «Draagwijdte van het huidige artikel 223 B.W.», *I.U.S.*, 1981/nr. 3, p. 20, nr. 27).

Terugkerend naar onze oorspronkelijke vraag kan nu gesteld worden dat ook het tweede bezwaar weerlegt is tegen het adieren van de voorzitter door de grootouders, nl. dat dezen geen houders zouden zijn van het vorderingsrecht op basis van art. 1280 Ger. W.

6.c. De tijdens de echtscheidingsprocedure te nemen voorlopige maatregelen dienen betrekking te hebben «op de persoon, op het levensonderhoud en op de goederen, zowel van de partijen als van de kinderen» (art. 1280, 1e lid, Ger. W.), terwijl *in casu* de vordering betrekking zou hebben op de persoon van de grootouders. Hoewel traditioneel het bezoekrecht (cf. de term zelf) gezien wordt als een recht van de betrokken volwassene t.a.v. het kind, is het duidelijk dat dit bezoekrecht — zeker wanneer het gaat om anderen dan de ouders — slechts kan worden toegekend voor zover zulks in het belang is van het kind, zodat de regeling van een dergelijk bezoekrecht ontegensprekelijk een maatregel is die genomen wordt m.b.t. de persoon van het kind en in diens belang. Trouwens, wel niemand zal beweren dat, wanneer de voorzitter een regeling treft aangaande het bezoekrecht van de ouder die niet de bewaring van het kind

heeft, hij dan een maatregel neemt t.a.v. de persoon van een van de partijen en niet een maatregel die betrekking heeft op de persoon van het kind!

7. Als besluit kan dan ook gesteld worden dat tijdens de echtscheidingsprocedure van de ouders de voorzitter rechtsprekend in kort geding bevoegd is om maatregelen te nemen m.b.t. de persoon en de goederen van de kinderen van de echtgenoten op vordering van de grootouders, de toekenning van een bezoekrecht inbegrepen, op basis van art. 1280, 1e lid, Ger. W. (*in die zin*: Kort ged. Luik, 10 december 1971, *Jur. Liège*, 1971-72, 164 — vordering ingeleid bij wijze van vrijwillige tussenkomst, waarbij tevens gewag gemaakt wordt van art. 584 Ger. W.; De Leval, *l.c.*; Poitevin en Hiernaux, «Chronique de jurisprudence (1971-1974) — Divorce et séparation de corps», *J.T.*, 1974, 710, nr. 102; cf. Pasquier, *Précis du divorce et de la séparation de corps*, 1959, nr. 256, p. 250, en *R.P.D.B.*, Compl. I, 1964, tw. «Divorce et séparation de corps», nr. 192, p. 573, waar in het hoofdstuk over de voorlopige maatregelen tijdens de echtscheidingsprocedure vermeld wordt dat ook aan de grootouders een bezoekrecht kan worden toegekend, zonder dat evenwel uitdrukkelijk gepreciseerd wordt welke de ter zake bevoegde rechter is). De aldus genomen maatregel zal, zoals de andere maatregelen getroffen m.b.t. de kinderen, blijven gelden na de echtscheiding (art. 302, 1e lid, B.W.).

Ten overvloede kan hieraan worden toegevoegd dat de tegenovergestelde stelling verdedigd in de geannoteerde beschikking ertoe leidt dat de grootouders hun vordering tot het verkrijgen van een bezoekrecht aanhangig dienen te maken bij de jeugdrechtbank als men de maximalistische stelling aangaande de bevoegdheid van de jeugdrechtbank volgt (*in die zin*: Hof Luik (Jk.), 3 februari 1975, *Jur. Liège*, 1974-75, 209; Fettweis, Kohl en De Leval, *Droit judiciaire privé*, 1980, 5e ed., I, nr. 114, p. 106-107, noot 1; Meulders-Klein, *art. cit.*, nr. 4, p. 120-122), of bij de burgerlijke rechtbank als men de minimalistische stelling volgt (Hof Brussel, 7 november 1973, *Pas.*, 1974, II, 48, Hof Brussel (Jk.), 3 maart 1977, *R.W.*, 1977-78, 1627; Rb. Brussel, 5 januari 1977, *R.W.*, 1979-80, 2062; De Groote, *o.c.*, nr. 88), dit terwijl de voorzitter bevoegd is voor het nemen van de andere maatregelen aangaande de persoon van de kinderen (o.m. het bezoekrecht voor de ouder die niet de bewaring heeft), wat zeker niet bevorderlijk is om voor de kinderen een coherente en bevredigende regeling van hun lot tijdens de echtscheidingsprocedure te bewerkstelligen.

8. Om hun vordering m.b.t. de kleinkinderen bij de voorzitter aanhangig te maken kunnen de grootouders de echtgenoot die het hoederecht heeft, dagvaarden (over het feit dat het, hoewel wenselijk, niet noodzakelijk is om ook de andere ouder in het geding te roepen: Hof Bergen, 25 juni 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 333), ofwel vrijwillig tussenkomen in het geding tot het nemen van voorlopige maatregelen m.b.t. de kinderen dat reeds door een van de echtgenoten aanhangig gemaakt is. In het eerste geval kan de niet in het geding geroepen ouder vrijwillig tussenkomen in het geding.

9. Wanneer de grootouders niet behoorlijk in het geding tot het nemen van de voorlopige maatregelen m.b.t. de kinderen geroepen zijn noch in dit geding zijn tussengekomen (zie art. 1122, 1e lid, Ger. W.), kunnen zij tegen de be-

schikking van de voorzitter derdenverzet aantekenen wanneer zij van oordeel zijn dat hun rechten hierdoor benadeeld zijn (bv. wanneer hun bezoekrecht door de beslissing in het gedrang komt) (Kort ged. Antwerpen, 25 april 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 329). Om te vermijden dat de beschikking aldus geheel of gedeeltelijk bestreden wordt, zal het in voorkomend geval dan ook aangewezen zijn voor de echtgenoot eiser of verweerder in het geding op grond van art. 1280 Ger. W., om de grootouders te dagvaarden tot gedwongen tussenkomst (De Leval, *l.c.*).

10. Wat ten slotte de toepasselijkheid van art. 88, § 2, Ger. W. betreft bij bevoegdheidsincidenten die rijzen voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg rechtsprekend in kort geding, is de rechtspraak en de rechtsleer verdeeld; in de zin van het geannoteerde bevelschrift: Lindemans, «Zijn bevoegdheidsincidenten in kort geding verdeelingsincidenten?», *R.W.*, 1979-80, 1901-1910; Laenens, «De bevoegdheidsregeling en de versnelling van de rechtsbedeling», *T.P.R.*, 1980, 114-134, nrs. 17-23; Cambier, *o.c.*, II, p. 204-206; anders: Fettweis, Kohl en De Leval, *o.c.*, I, nr. 135ter, p. 124-126; Fettweis, «Observations sur le règlement des incidents de compétence et de répartition», *T.P.R.*, 1980, 135-142, nr. 2; Hof Luik, 30 januari 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 298, noot Renchon, *J.T.*, 1979, 424). Toch hadden de eisers bij conclusie de toepassing van art. 88, § 2, Ger. W. alleen gevraagd wat de bijzondere en eigen bevoegdheid betreft van de voorzitter krachtens art. 1280, 1e lid, Ger. W., en niet wat de bevoegdheid van de voorzitter krachtens art. 584, 1e lid, Ger. W. betreft. De voorzitter van de rechtbank te Brugge heeft impliciet beslist dat, ook ingeval een bevoegdheidsincident in kort geding rijst bij een vordering ingeleid op grond van art. 1280, 1e lid, Ger. W., dit niet overeenkomstig art. 88, § 2, Ger. W. moet worden behandeld. Als een van de argumenten daartoe wordt naar voren gebracht dat het hier eerder een kwestie van toelaatbaarheid van de vordering dan een kwestie van bevoegdheid betreft, een stelling die ook wordt verdedigd om de toepasselijkheid van art. 88, § 2, Ger. W. uit te sluiten ingeval de voorzitter, rechtsprekend in kort geding, m.b.t. een vordering ingeleid op basis van art. 584 Ger. W. van oordeel is dat de urgentie niet aanwezig is (Laenens, *art. cit.*, 123-124, nr. 18).

Patrick Senaeve

BURGERLIJKE RECHTBANK TE GENT

12e KAMER — 12 MAART 1981

Voorzitter: de h. De Schrijver

Openbaar ministerie: de h. Coppieters

Advocaten: mrs. De Prest en Blomme

Hinder — Geluidsoverlast.

De eigenaar die geen voorzorgsmaatregelen neemt opdat het lawaai van een motor de buur niet zou hinderen begaat een fout. Lawaai dat 25 tot 35 dB (A) overschrijdt, is onverenigbaar met het normaal genot van een erf. Eerstingebruikneming ontslaat de eigenaar van de motor niet van het nemen van voorzorgsmaatregelen.

S. t/ De S.

Overwegende dat de vordering strekt tot veroordeling van verweerder om onmiddellijk het hinderlijk lawaai stop te zetten en om aan eisers een bedrag te betalen van 67.978 frank (omvattend 26.500 frank schadevergoeding, de kosten van kort geding, namelijk 1.510 frank dagvaarding en 2.000 frank rechtsplegingsvergoeding en de kosten van het deskundig verslag, namelijk 37.968 frank) te vermeerderen met de gerechtelijke interesten en de kosten van het geding;

Overwegende dat eisers hun huidige woonplaats te M. naast een bedrijf van verweerder hebben gebouwd en zijn gaan betrekken in april 1975; dat zij ondervonden hebben dat van de kant van verweerder, hun onmiddellijke buur, veel lawaai voortkwam, dat zeer hinderlijk was; dat dit geluid veroorzaakt werd door de dieselmotor «Deutz» die een molen aandrijft van de in de hangaar gevestigde maalderij;

Overwegende dat eisers hun vordering gronden op de artikelen 544 en 1382 van het Burgerlijk Wetboek en dit willen staven aan de hand van vaststellingen van gerechtsdeurwaarder D. en de bevindingen van ingenieur De H. die als deskundige was aangesteld bij beschikking van 14 juni 1977 van de voorzitter van de rechtbank in kort geding;

Overwegende dat de deskundige in zijn verslag, dat hij afgesloten heeft op 16 oktober 1978, tot de conclusie is gekomen dat het door de motor van verweerder voortgebrachte lawaai niet verenigbaar is met het normaal genot van het erf van eisers;

Dat hij op bladzijde 8 van zijn expertise erop wijst dat als voorwaarden voor wonen, rusten en slapen de grenswaarde 25 à 35 decibels bedraagt; dat uit de metingen die gedaan werden door het Laboratorium voor Elektro-magnetisme en Acustica van de Rijksuniversiteit te Gent, blijkt dat het maximumniveau decibels bij het stilleggen van de maalderij 32 bedraagt bij gesloten vensters en 38 bij open vensters, terwijl, als de maalderij in werking is, het aantal 43 decibels is bij gesloten en 62 bij open vensters; dat daarenboven het voortgebrachte geluid een eentonig, afstompend terugkeren van knallen is, te vergelijken met het heien van funderingspalen;

Dat de expert tevens middelen aangeeft ten einde deze toestand te verhelpen enerzijds om het gebouw zelf te isoleren en anderzijds om het gerucht van de motor te dempen;

Overwegende dat verweerder opwerpt dat de maalderij reeds meer dan vijftig jaar bestaat; dat de motor eerst draaide op kolen, vervolgens op elektriciteit, en hij zich sedert 1965 een dieselmotor heeft aangeschaft; dat de maalderij er was gevestigd vóór de woning van eisers werd opgetrokken; dat de hinder die door die maalderij veroorzaakt wordt, gering is en dat de door de deskundige voorgestelde aanpassingswerken te duur zijn; dat voor eisers nooit iemand een klacht heeft geuit; dat de motor slechts een beperkte activiteit heeft;

Overwegende dat uit de reeds aangehaalde vaststellingen van de expert voldoende blijkt dat de geluidshinder die voortkomt van de maalderij van verweerder, niet in overeenstemming is te brengen met een normaal genot dat eisers van hun eigendom mogen verwachten; dat eisers derhalve schade lijden door die situatie;

Dat artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek waarop eisers steunen, een fout veronderstelt die de oorzaak is van

de schade; dat deze fout bij verweerder blijkt uit het verwekken van de vastgestelde overlast aan geluid ten gevolge van het doen werken van die dieselmotor; dat tevens vaststaat dat verweerder geen administratieve exploitatievergunning voor die motor heeft aangevraagd, hoewel het toch duidelijk is, vooral sedert eisers zich hierover beklagen, dat die maalderij hinderlijk is voor de buurt; dat, zo eisers al de enigen zijn die klacht hebben ingediend dit het gevolg kan zijn van de passiviteit van de bureu, maar in casu wellicht omdat eisers het dichtst bij de maalderij wonen en vermoedelijk de enigen zijn die erg te lijden hebben onder het lawaai; dat de overlast niet van bestendige aard moet zijn om de normale ongemakken te buiten te gaan; dat ook tijdelijke hinder die de maat overschrijdt voldoende is om aansprakelijkheid uit te lokken (Derine, Vanneste en Vandenbergh, *Zakenrecht*, I, A, blz. 450);

Overwegende dat de omstandigheid dat de motor geplaatst was vóór eisers hun woning hebben opgetrokken, niet uitsluit dat verweerder toch aansprakelijk is nu hij geen administratieve vergunning heeft en de hinder niet noodzakelijk moet zijn zoals werd vastgesteld daar hij kan worden verholpen; dat eisers trouwens aanvoeren dat de motor niet werkte toen zij het huis hebben gebouwd, wat verweerder loochent; dat het echter waarschijnlijker is dat de maalderij is blijven werken, maar dat eisers op het hinderlijk karakter pas zijn beginnen letten toen zij er hun intrek hebben genomen en er, zoals normaal is, ook rust hebben willen vinden;

Overwegende dat, nu de fout van verweerder vaststaat, hij ook voor de schadelijke gevolgen ervan heeft in te staan; dat een vergoeding van 500 frank per kalendermaand gevorderd wordt en dit gedurende 53 maanden, blijkbaar te beginnen van april 1975 tot oktober 1979;

Overwegende dat echter niet blijkt dat eisers de verweerder van het hinderlijk karakter in kennis hebben gesteld vóór de dagvaarding in kort geding, dit is op 13 mei 1977; dat een schadevergoeding voor geluidshinder van ex aequo et bono 300 frank per kalendermaand is toe te kennen van mei 1977 tot oktober 1979 of $30 \times 300 \text{ frank} = 9.000 \text{ frank}$;

Overwegende dat, alvorens te beslissen over de vraag tot stopzetting van het hinderlijk lawaai, aan verweerder nog de gelegenheid verleend moet worden zich administratief in orde te stellen en de lawaai-overlast zelf weg te werken; dat ten einde dit te controleren de aanstelling van de reeds in kort geding benoemde expert aangewezen is met de beperkte opdracht zoals hierna wordt bepaald;

Overwegende dat nu uit de opdracht tot expertise van ingenieur De H. blijkt dat deze ook betrekking had op de schade veroorzaakt aan de woning van eisers en de bevindingen op dit punt negatief waren en trouwens ook niet het voorwerp van het proces zijn, er reden is om een deel van deze expertisekosten, namelijk $\frac{1}{3}$ door eisers zelf te laten dragen;

Om die redenen,

De rechtbank, rechtdoende op tegenspraak;

Gelet ook op het ten dele overeenkomstig schriftelijk advies van de heer G. Coppieters, eerste-substituut-procureur des Konings;

Verklaart de vordering ontvankelijk en veroordeelt verweerder om als schadevergoeding wegens geluidshinder 9.000 frank te betalen, met de gerechtelijke interesten;

En alvorens over de vordering tot stopzetting van het lawaai veroorzaakt door de maalmolen van verweerder te beslissen:

1. Beveelt verweerder, voor zover hij dit inmiddels niet reeds gedaan heeft, zo spoedig mogelijk bij de bevoegde administratieve overheidsdiensten, een vergunning tot exploitatie van de bedoelde dieselmotor aan te vragen;

2. Geeft verweerder vanaf heden zes weken tijd om de geluidshinder weg te werken overeenkomstig de door ingenieur De H. in zijn expertise van 16 oktober 1978 voorgestelde aanpassingswerken aan motor en gebouw of door middel van andere werken met een gelijkaardig gunstig gevolg;

3. Stelt ingenieur De H. als deskundige aan teneinde binnen een maand na afloop van de onder 2 bedoelde zes weken, op verzoek van een der partijen zich opnieuw ter plaatse te begeven en na te gaan of de door verweerder op het nabijgelegen erf gebruikte dieselmotor nog steeds de vroeger vastgestelde storende geluidshinder voortbrengt dan wel of deze verminderd is en mogelijk verenigbaar is met een normaal genot van het eigendom van eisers;

(...)

NOOT—Geluidsoverlast

De eigenaars van een woning, die gebouwd hebben naast een maalderij, vorderen de veroordeling van de maalder tot stopzetting van het hinderlijk lawaai van een motor en tot betaling van schadevergoeding.

Het vonnis van de rechtbank, dat de aanspraken groten-deels inwilligt, is interessant op meer dan één punt.

1. *De rechtsgrond.* Hoewel de aanleggers hun vordering hadden gegrond op de artt. 544 B.W. en 1382 B.W. bleken zij in de fout van verweerder niet erg te geloven. Niettemin baseert de rechtbank haar veroordeling op dit laatste artikel en sluit zij hiermee aan bij andere recente beslissingen die blijkbaar opnieuw meer heil zien in art. 1382 B.W. In concreto wordt de fout gevonden in het niet nemen van voorzorgsmaatregelen om te beletten dat het aangeklaagde lawaai zou hinderen en in het niet aanvragen van een administratieve exploitatievergunning. M.a.w. wetende dat er klachten zijn voor geluidsoverlast, had verweerder tot plicht voorzorgsmaatregelen te nemen om niet te hinderen. Blijkbaar wordt ook als fout aangerekend het niet aanvragen van een administratieve exploitatievergunning, al blijkt niet uit het vonnis of de betrokken installatie aan een vergunning was onderworpen.

2. *Het begrip lawaaihinder.* Een in kort geding aangestelde expert had vastgesteld dat voor «wonen, rusten en werken de grenswaarde (van het geluid) 25 à 35 decibels bedraagt». Uit metingen was gebleken dat het achtergrondgeluidsniveau in de woning van eisers (d.w.z. zonder draaiende motor) 32 tot 38 dB(A) bedroeg naargelang de ramen gesloten of open waren. Met draaiende motor bedroeg het geluidsniveau 43 tot 62 dB(A) eveneens naargelang de ramen van de woning waren gesloten of geopend. Het door verweerder voortgebrachte lawaai was «niet verenigbaar ... met het normaal genot van het erf van eisers». Het is evident — zonder dat dit in het vonnis tot uiting komt — dat

de expert zich heeft laten inspireren door dezelfde opvattingen die geleid hebben tot het vastleggen van normen voor muziek in openbare en privé inrichtingen (K.B. 24 januari 1977).

3. *Gronden van ontlasting.* De door verweerder aangevoerde middelen, die door de rechtbank zonder veel moeite worden van de tafel geveegd, zijn in gelijkaardige zaken maar al te bekend.

— Eisers zijn de enige klagers, terwijl andere burens niet klagen. De passiviteit van andere burens is geen argument. Bovendien blijken eisers door de ligging van hun woning ook het meest in aanmerking te komen voor hinder.

— Eisers hebben gebouwd nadat de maalderij reeds bestond en hebben een risico aanvaard (zie infra 4 en 5).

4. *De eerstingebruikneming.* In zaken van burenhinder is dit probleem vaak ter sprake gekomen. Een individuele eerstingebruikneming (zoals ter zake) geeft de eigenaar niet het recht om op foutieve wijze te hinderen. Hij wordt niet ontslagen van de verplichting om voorzorgen te nemen om de hinder te beperken (voor een overzichtelijke uiteenzetting over het probleem van de eerstingebruikneming kan o.a. worden verwezen naar R. Derine, *Zakenrecht*, I, A., Antwerpen, 1974, p. 499; H. Bocken, *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, Brussel, 1979, p. 133 vv.).

5. *Risicoaanvaarding.* De rechtbank oordeelt dat van risicoaanvaarding geen sprake kan zijn, zelfs al zouden eisers op de hoogte geweest zijn van het bestaan van de motor, omdat «eisers op het hinderlijk karakter pas zijn beginnen te letten toen zij er hun intrek hebben genomen en er zoals normaal is, ook rust hebben willen vinden». Bepaalde vormen van hinder kunnen miniem lijken voor toevallige aanwezigheid, maar kunnen abnormale proporties aannemen voor iemand die er frequent mee geconfronteerd wordt, zeker op een plaats waar hij van zijn rust wil genieten.

6. *De sanctie.* In dit vonnis, dat een tussenvonnis is, heeft de rechtbank de eis tot schadevergoeding ingewilligd doch enkel voor de schade vanaf het ogenblik dat verweerder officieel in kennis was van de hinder. Dit is logisch aangezien de fout precies bestaat in het niet nemen van voorzorgsmaatregelen ondanks klachten van de buurman.

Aan verweerder wordt bovendien de kans gegeven om onder deskundig toezicht en binnen de door de rechtbank gestelde termijn de nodige maatregelen te nemen ten einde het lawaai van zijn motor te verminderen tot een niveau dat door de expert geacht zal worden «verenigbaar te zijn met een normaal genot van het eigendom van eisers». Pas wanneer verweerder deze kans niet zal grijpen zal de rechtbank beslissen over de stopzetting van de motor.

Dit tussenvonnis heeft verweerder ertoe aangezet om de nodige maatregelen te nemen die het geluidsniveau van de motor hebben verminderd tot een peil dat door eisers als redelijk werd ervaren, zodat dit tussenvonnis het geschil in werkelijkheid heeft opgelost.

*Eric Stassijns,
Vrederechter Eeklo*

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

2e KAMER — 4 MEI 1981

Voorzitter: de h. Castermans

Rechters: mevr. Depraeter en Brugmans

Openbaar ministerie: de h. Libbrecht

Advocaat: mr. Floren

Afstamming — Onderzoek naar het moederschap (art. 341a B.W.) — Verweerder — Termijn — Bewijs — Gevolgen.

Na de dood van de beweerde moeder wordt de vordering tot onderzoek naar het moederschap ingesteld tegen haar erfgenamen.

De vordering tot onderzoek naar het moederschap kan ingesteld worden tot één jaar na de dood van de beweerde moeder, indien het kind te haren opzichte het bezit van staat van natuurlijk kind heeft.

Het bezit van staat van natuurlijk kind kan in een vordering op grond van art. 341a B.W. als bewijs van het moederschap gelden als het niet wordt betwist.

Het vonnis dat de natuurlijke afstamming van moederszijde vaststelt heeft een declaratief karakter.

A. t/ A. e.a.

Eiser houdt voor het niet erkend natuurlijk kind te zijn van mevrouw A.R., die overleden is te O. op 8 augustus 1980, en die gedaagden als erfgenamen en rechtsopvolgers heeft nagelaten.

Zijn vordering strekt ertoe, volgens de bewoordingen van de dagvaardingen, te horen zeggen voor recht dat hij het erkend natuurlijk kind is van wijlen A.R., en te horen bevelen dat het te wijzen vonnis in de registers van de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand zal worden overgeschreven.

De gerechtelijke erkenning is die welke, bij gebreke van een vrijwillige erkenning, door het onwettig kind in rechte wordt afgedwongen. De vordering dient ingesteld te worden tegen de moeder of tegen haar erfgenamen.

Het onderzoek naar het beweerd moederschap kan wettig slechts toegelaten worden wanneer het kind het bezit van staat heeft overeenkomstig de bepalingen van artikel 321 van het Burgerlijk Wetboek, en wanneer de bevalling van de beweerde moeder en de identiteit van de eisende partij met het kind waarvan zij bevallen is, waarschijnlijk worden gemaakt door een begin van schriftelijk bewijs of door de vermeldingen van de akte van geboorte (art. 341a B.W.).

De vordering dient bovendien tijdig ingesteld te worden. Zij mag aldus niet meer ingesteld worden méér dan vijf jaar na de meerderjarigheid van het kind, doch deze termijn wordt verlengd tot na afloop van één jaar na het overlijden van de beweerde moeder, indien het kind het bezit van staat heeft.

Uit de overgelegde regelmatig afgeleverde uittreksels uit de registers van de burgerlijke stand van O. blijkt dat eiser geboren is te O. op 1 maart 1913, uit A.R., geboren te O. op 23 februari 1897, en overleden te O. op 8 augustus 1980. De geboortakte van eiser bevat geen randmeldingen waaruit een eventuele erkenning zou blijken.

Uit de overgelegde akte van bekendheid van mr. V., notaris te O. in dato 25 oktober 1980, blijkt dat de gedaagden de enige rechtsoptvolgers zijn van A.R.

Aan de hand van de vermeldingen in de geboorteakte van eiser mag aanvaard worden dat de bevalling van A.R., en de identiteit van eiser met het kind waarvan die vrouw beviel, waarschijnlijk en zeker worden gemaakt. De overige door eiser overgelegde stukken zijn tevens voldoende om te aanvaarden dat eiser het bezit van staat heeft van natuurlijk kind van A.R., in die zin dat eiser door A.R. steeds als haar eigen kind beschouwd en behandeld werd.

Er dient aldus gesteld te worden dat de vordering niet alleen regelmatig en tijdig werd ingesteld, doch tevens dat de voorwaarden van toelaatbaarheid van de vordering werden nageleefd.

Alhoewel het bezit van staat van onwettig kind slechts een vermoeden van het moederschap inhoudt, wordt het waarschijnlijk geacht, en kan het als bewijs ten gronde aanvaard worden, indien dit bezit van staat niet wordt betwist (De Page, I, 1156, A). In het onderhavige geval mag aanvaard worden dat gedaagden, die ondanks nieuwe oproeping verstek laten gaan, dit bezit van staat niet betwisten, zodat de vordering principieel gegrond is.

Het vonnis dat de natuurlijke afstamming vaststelt heeft dezelfde gevolgen als de akte van vrijwillige erkenning (artikel 341c, B.W.), en heeft aldus een declaratief karakter, zodat de vordering, zoals in de regelmatig op 13 februari 1981 ter griffie neergelegde conclusie heromschreven is, dient te worden ingewilligd.

De vordering tot gerechtelijke verklaring van het natuurlijk moederschap is uiteraard een vordering van staat, zodat dit vonnis niet uitvoerbaar verklaard kan worden bij voorraad.

Wat de gedingkosten betreft, komt het passend voor, gelet op de aard van het geschil en de hoedanigheid van partijen, deze tussen partijen te compenseren, in die zin dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, en geen aanspraak kan maken op rechtsplegingsvergoedingen.

*Op die gronden,
De Rechtbank,*

Zegt voor recht dat eiser, A.K., geboren te O., op 1 maart 1913, echtgenoot van S., het natuurlijk kind is van A.R., geboren te O. op 23 februari 1897, en overleden te O. op 8 augustus 1980;

Stelt vast dat dit vonnis, dat de moederlijke afstamming van eiser vaststelt, dezelfde gevolgen zal hebben als de erkenning;

Machtigt eiser dit vonnis, nadat het kracht van gewijsde zal hebben verworven, te laten overschrijven in de registers van de burgerlijke stand, en beveelt dat er alsdan tevens melding zal worden gemaakt van deze overschrijving op de kant van de geboorteakte van de huwelijksakte van eiser, alsook in de jaarlijkse en tienjaarlijkse tabellen.

Wijst het meer gevorderde af als ongegrond.

Beveelt dat de kosten van het geding tussen partijen omgeslagen worden.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE HASSELT

1e KAMER — 14 DECEMBER 1981

Voorzitter: mevr. Bertrand

Rechters: de hh. Raskin en Gutshoven

Advocaten: mrs. Frederix en Delvaux

Veldwetboek — Hoogstammige bomen — Begrip — Wettelijke afstand.

Kriekébomen met een gemiddelde hoogte van 4,25 m en een gemiddelde doorsnee van 1,70 m zijn hoogstammige bomen (zie nader het vonnis).

Bij ontstentenis ter plaatse van een vast en erkend gebruik, moeten de bomen, die op minder dan twee meter van de scheidingslijn staan, worden gerooid.

B. e.a. t/ B.

Appellanten Sn. zijn eigenaars van een perceel grond, gelegen te Jeuk ter plaatse, in het Koningsdel, op welk perceel zij in samenwerking met de appellanten B. een aanplanting van noordkrieken exploiteren. Dit perceel is gelegen tegen een perceel landbouwgrond van geïntimeerde. Appellant Sa. is eigenaar van een perceel grond, gelegen te Jeuk ter plaatse Boekhoutveld, sectie A, op welk perceel hij in samenwerking met de appellanten B. een aanplanting van noordkrieken exploiteert. Dit perceel is evenzo naast een perceel landbouwgrond van geïntimeerde gelegen.

Geïntimeerde vorderde bij de vrederechter de rooiing van de bomen, die in tegenstrijd met de bepalingen van het Veldwetboek op minder dan twee meter van de gemeenschappelijke limiet zouden zijn aangeplant; subsidiair vroeg hij de weggapping van storende takken en wortels. Geïntimeerde vroeg dat de bevolen maatregel binnen een bedongen termijn zou worden uitgevoerd met machtiging om zelf tot uitvoering over te gaan bij stilzitten van appellanten en met oplegging van een schadevergoeding van 500 frank per dag vertraging en per plantage. Ten slotte vorderde geïntimeerde een schadevergoeding, die in de loop van het geding tot 25.000 frank werd opgevoerd.

Blijkens de vaststellingen van de vrederechter ter plaatse staan de betwiste kriekébomen op 80 à 90 cm van de limiet, hangen kleine takken over op het goed van geïntimeerde en hebben de bomen een gemiddelde hoogte van 4,25 meter.

Appellanten beweren dat het om laagstammige bomen gaat, die dus geenszins op onwettige afstand zijn geplant, zodat rooiing niet kan worden bevolen. Het overhangen van kleine takken is een tijdelijk verschijnsel, aangezien de bomen regelmatig worden onderhouden.

De eerste rechter besliste: 1) dat er ter plaatse geen vast en erkend gebruik m.b.t. inplanting van hoogstammige bomen voorhanden is, doch dat wel het gebruik bestaat een fruitaanplanting te omringen met dicht naast elkaar geplante laagstammige bomen ter afscherming tegen wind en koude; 2) dat de bomen in betwisting van nature laagstammige bomen zijn, zodat er geen rooiing kan worden toegekend; 3) dat deze van nature laagstammige bomen evenwel ook laagstammig dienen te blijven, derwijze dat hun hoogte de 2,50 m niet mag overschrijden, zodat de afkapping van de takken die hoger wassen dan 2,5 meter en van die welke

overhangen dient te worden bevolen; 4) dat de afkapping vóór 15 november 1978 diende te geschieden, met machtiging van geïntimeerde bij in gebreke blijven van appellanten zelf te handelen en de kosten ter zake op vertoon van de factuur te innen. Over de gevorderde schadevergoeding werd niets gezegd.

Appellanten beperkten hun hoger beroep tegen dit vonnis tot de beslissing in verband met de afkapping van de boven 2,5 m wassende en de overhangende takken, terwijl geïntimeerde bij incidenteel beroep de rooiing van de bomen beoogt, minstens de afkapping op een hoogte van twee meter, benevens de toekenning van de schadevergoeding.

Ten gronde

Partijen zijn het erover eens dat in het kanton Sint-Truiden geen «vast en erkend gebruik» bestaat in verband met de plaatsafstand van laagstammige fruitbomen, zodat het geschil dient te worden opgelost naar maatstaf van de in artikel 35 Veldwetboek vermelde afstanden. Het probleem rijst dan of de bomen in kwestie al dan niet hoogstammige bomen in de zin van de wet zijn.

Een criterium voor het onderscheid tussen wat hoogstammig is en niet hoogstammig, is in de wet niet te vinden. Tijdens de vergadering van de Kamer van Volksvertegenwoordigers van 24 februari 1886, werd in het debat omtrent een nieuwe tekst van de artikelen 671 e.v. B.W., waarin een hoogte van vier meter als wettelijke norm werd vooropgezet, door verslaggever Bilaut uitdrukkelijk gesteld dat de wet niet kan bepalen welke bomen in de categorie van hoogstammigen dienen te worden gerangschikt, doch dat het aan de rechtbank toekomt dit vast te stellen (Valsacq, *Het Veldwetboek*, 1946, blz. 57; Derveaux-Cappelle, *De afstand van beplantingen*, 1975, blz. 21).

Het antwoord van de minister van Landbouw op een parlementaire vraag, waarin hij zonder enige verantwoording of uitlegging stelde dat de hoogte van drie meter de grens uitmaakt tussen hoogstam en laagstam (*Vragen en Antwoorden, Kamer*, 1972-73, 411 en 2457), bevat dan ook geen bindend of beslissend criterium.

Het onderscheid tussen hoogstammige en laagstammige bomen wordt dus overgelaten aan de soevereine beoordeling van de feitenrechter, die niet alleen met de aard en natuur van de boom of aanplanting in kwestie rekening moet houden doch ook met de feitelijke groeiwijze en ontwikkeling.

De enorme ontwikkeling van de plantculturen noopt tot een dergelijk genuanceerd standpunt (Derine, *Zakenrecht*, I, B, nr. 323; Derine, «Overzicht van Rechtspraak, Zakenrecht», *T.P.R.*, 1981, 186, nr. 88; Derveaux - Cappelle, *De afstand van beplantingen*, 1975, blz. 25-26).

De kriekebomen in kwestie zijn beschreven in het proces-verbaal van plaatsopneming van de eerste rechter, welke beschrijving partijen niet betwisten. Op grond van de feitelijke gegevens qua hoogte (gemiddeld 4,25 m) en breedte (er hangen takjes over de limiet, zodat daaruit moet worden afgeleid dat de bomen een doormeter hebben van aan en bij de 1,70 m, acht de rechtbank de kriekebomen in kwestie hoogstammig, te meer daar de aard van deze bomen, die, naar tijdens de debatten werd verklaard, ongeveer tien jaar oud zijn, een grote wasdom mogelijk maakt.

Het feit dat deze kriekebomen geen stam hebben zoals de bekende hoogstammige fruitbomen, is niet voldoende om te stellen dat het geen hoogstammige bomen zouden zijn in

de zin van de wet; ook de belangrijkheid en gespreidheid van de wortelen evenals de kroongroei dienen ter zake in ogenschouw genomen, omdat de reden waarom de wetgever een verschillende plantafstand voorzag voor hoogstammige en niet hoogstammige bomen juist gelegen is in het feit dat hoogstammige bomen de nabuurschade kunnen berokkenen door schaduwvorming en gronduitputting.

Gezien het voorgaande, dient te worden vastgesteld dat de kriekebomen in kwestie op onwettige afstand werden geplant, zodat appellant die zijn vordering tot wegruiming uit de wet zelf put en geen schade dient te bewijzen, daar de regeling van artikel 35 Veldwetboek schadevoorkomend is, gerechtigd is de wegruiming van de kriekebomen te vragen.

Volledigheidshalve kan hieraan worden toegevoegd dat rooiing in casu de enige oplossing biedt, aangezien appellanten de door de vrederechter getroffen beslissing afwezen, welke beslissing da aftopping en inkorting van de takken van de kriekebomen op 2,5 m hoogte oplegde, derwijze dat de bomen alzo zouden blijven binnen de perken van wat laagstammigheid naar zijn oordeel toelaat.

De rooiing van de kriekebomen van appellanten die op minder dan twee meter van de grenslijn tussen de eigendommen van partijen werden geplant, wordt bevolen en ze dient uitgevoerd te worden binnen een maand na definitief worden van onderhavig vonnis, op straffe van betaling van een vergoeding van 500 frank per dag vertraging.

Het heeft geen nut geïntimeerde te machtigen zelf tot uitvoering van wegruiming over te gaan bij stilzitten van appellanten, gezien de opgelegde dwangsom in verband met de uitvoering.

Wat de gevorderde schadevergoeding ad 25.000 frank betreft, geïntimeerde heeft op geen enkel ogenblik enige toelichting of verantwoording dezer vordering gegeven; evenmin wordt enig bewijs van werkelijk geleden schade bijgebracht, zodat deze eis als niet-bewezen wordt afgewezen.

Dit is overigens niet in tegenstrijd met de bevolen rooiing, aangezien de regeling van artikel 35 Veldwetboek schadevoorkomend wil zijn.

Het beroep van appellanten is ongegrond. Het incidenteel beroep is deels gegrond.

(...)

VREDEGERECHT TE BRUGGE

3e KANTON — 18 SEPTEMBER 1981

Rechter: de h. De Ketelaere

Advocaten: mrs. Vandamme en Gits

Handelshuur — Weigering van huurhernieuwing — Wil van de verhuurder om het verhuurde goed persoonlijk en werkelijk in gebruik te nemen — 1. Kapitaalvennootschap — Overbrenging van de hoofdzetel van het bedrijf naar het verhuurde goed — Niet vereist dat de hoofdzetel in een naburig goed is gevestigd — 2. Wil tot persoonlijke ingebruikneming oprecht en vatbaar voor uitvoering — Beoordelingsbevoegdheid van de rechter.

1. Indien, inzake handelshuur, de verhuurder een kapitaalvennootschap is, is luidens art. 17 van de Handelshuur-

wet de in art. 16, I, 1°, bedoelde weigering van huurhernieuwing (wil om het verhuurde goed persoonlijk en werkelijk in gebruik te nemen) slechts geoorloofd ten einde de hoofdzetel van het bedrijf van de verhuurder naar het gehuurde goed over te brengen of ten einde die hoofdzetel van het bedrijf uit te breiden, indien hij in een naburig goed is gevestigd.

Uit de tekst van deze bepaling blijkt duidelijk dat de zinsede «indien hij in een naburig goed is gevestigd» slechts slaat op het geval van uitbreiding van de hoofdzetel en geen betrekking heeft op de overbrenging van de hoofdzetel.

2. Bij gebrek aan enig bijzonder voorschrift dienaangaande in de Handelshuurwet, dient men aan te nemen dat de bedoeling van eigen gebruik, ter weigering van de aangevraagde huurhernieuwing, slechts als zodanig kan worden afgewezen wanneer vaststaat dat deze reden klaarblijkelijk onoprecht is of onuitvoerbaar.

Ten deze is niet bewezen, noch zelfs thans te vermoeden, dat de bedoeling van de verhuurster om haar hoofdzetel naar het verhuurde goed over te brengen niet oprecht of niet uitvoerbaar zou zijn.

C. t/ L. en N.V. T.

Eiseres vordert de toekenning van huurhernieuwing, met ingang van 1 mei 1982, op de door haar voorgestelde voorwaarden, o.m. een basisjaarhuurprijs van 175.000 frank, betreffende het winkelpand M2, met appartement en garage te Knokke-Heist.

Deze huurhernieuwing werd aangevraagd bij aangetekende brief van 12 november 1980, gericht aan eerste verweerder, als toen verhuurder-eigenaar, en werd afgewezen, bij aangetekende brief van 3 februari 1981, door tweede verweerder, eigenares-verhuurster geworden bij inbreng van dit goed door eerste verweerder, overeenkomstig haar oprichtingsakte, verleden voor notaris L. du Faux te Moeskroen op 18 februari 1980.

De afwijzing steunde primair op artikel 16.I.1 en artikel 17, en subsidiair op artikel 16.IV van de wet op de handelshuurovereenkomsten. Tweede verweerder doet nl. gelden dat zij de wil heeft het verhuurde goed persoonlijk en werkelijk in gebruik te nemen, door overbrenging aldaar van de hoofdzetel van haar bedrijf, thans gelegen te St-Martens-Latem.

1) Eiseres is van oordeel dat, ingevolge artikel 17, de wil om de hoofdzetel van het bedrijf over te brengen naar het verhuurde goed slechts geldt als reden tot weigering van huurhernieuwing, wanneer de hoofdzetel gevestigd is in een naburig goed — wat hier niet het geval is.

Artikel 17 luidt als volgt: «Is de verhuurder een kapitaalvennootschap, dan is de in artikel 16, 1°, bedoelde weigering van hernieuwing slechts geoorloofd ten einde de hoofdzetel van het bedrijf van de verhuurder naar het gehuurde goed over te brengen of ten einde die hoofdzetel van het bedrijf uit te breiden, indien hij in een naburig goed is gevestigd.»

Volgens deze tekst lijkt het ons duidelijk dat de woorden «indien hij in een naburig goed is gevestigd» alleen slaan op het geval van uitbreiding van de hoofdzetel:

— het woordje «of», dat de twee gevallen (overbrenging en uitbreiding) scheidt, is een voegwoord «ter verbinding van twee zinsdelen die elkaar uitsluiten» (Van Dale, deel II,

uitgave 1976); zodat de voorwaarde, gevoegd achter aan het tweede zinsdeel enkel dit tweede zinsdeel betreft;

— deze scheiding tussen de twee gevallen wordt nog bevestigd door de herhaling van de woorden «ten einde» na de formulering van het eerste geval. Daarmee is duidelijk onderstreept dat het eerste geval volledig omschreven is door het zinsdeel: «ten einde de hoofdzetel van de verhuurder naar het gehuurde goed over te brengen», aangezien daarop volgt: «of ten einde die hoofdzetel van het bedrijf uit te breiden, indien hij in een naburig goed is gevestigd».

Deze taalkundige ontleding strookt trouwens volledig met de bedoeling van de wetgever, nl. te beletten dat een kapitaalvennootschap artikel 16.I.1 zou misbruiken:

— om willekeurig bijhuizen te stichten: daarom is het de hoofdzetel zelf die overgebracht moet worden;

— of om dit voorschrift te ontduiken door een in het verhuurde goed gepland filiaal voor te stellen als uitbreiding van de hoofdzetel: daarom is dit enkel vatbaar om aangemerkt te worden als dusdanig, wanneer het geplande filiaal geldt als een werkelijke uitbreiding van de hoofdzetel, en dus gelegen is in de onmiddellijke nabijheid ervan (nopens de bedoeling van de wetgever: zie Gustot, *De Handelshuurovereenkomsten*, derde uitgave, 1972, p. 100: «Artikel 17 werd gestemd om machtige vennootschappen te beletten, dank zij dit stelsel, handelaars uit het gebouw te zetten om hun bijhuizen te vermeerderen»; Pauwels, *Handelshuur*, A.P.R., 2e druk, 1971: «Deze beperking werd ingevoerd om te beletten dat machtige kapitaalvennootschappen, door aankoop, een te groot aantal winkels zouden inpalmen om er filialen of bijhuizen te vestigen»; verslag Lohist, *Parlementaire bescheiden*, Senaat, 1948-49, nr. 384, p. 9; De Page, nr. 793, A, 1°; Paternostre, *Baux commerciaux*, p. 245, nr. 225 A).

De weigering van huurhernieuwing door tweede verweerder, op grond van de artikelen 16.I.1°, en 17 van de wet op de handelshuurovereenkomsten is dus principieel gegrond.

2) Toch beweert eiseres dat, in het onderhavige geval, deze weigering als ongegrond moet worden afgewezen, bij gebrek aan ernst.

Volgens eiseres zou het geen zin hebben de hoofdzetel van tweede verweerder over te brengen naar Knokke-Heist, daar eerste verweerder, afgevaardigde beheerder, in werkelijkheid met zijn gezin verblijft en werkt te St.-Martens-Latem (hetgeen eiseres aanbiedt te bewijzen met getuigen), en zouden de stichting van de N.V. T. en de daaropvolgende huurhernieuwingsweigering enkel geschied zijn om eiseres te kunnen uitdrijven en aldus weerwraak te nemen voor de aanrekening door haar van eigenaarsherstellingen, ingevolge een geding tussen partijen (zie hiernavolgende tegen-eis).

Bij gebrek aan enig bijzonder voorschrift desaangaande in de wetgeving op de handelshuurovereenkomsten, wordt algemeen aangenomen dat de bedoeling van eigen gebruik, ter weigering van aangevraagde huurhernieuwing, slechts als zodanig kan worden afgewezen wanneer vaststaat dat deze reden klaarblijkelijk onoprecht is of onuitvoerbaar (Pauwels, *op. cit.*, nrs. 352 tot 355; La Haye en Van Kerckhove, *Baux commerciaux*, nrs. 1859 en 1860) — dit ingevolge de rechtsregel «fraus omnia corrumpit».

In zijn arrest van 31 januari 1975 (*R.W.*, 1975-76, 31) aanvaardt het Hof van Cassatie zelfs dat de aangevoerde reden van eigen gebruik als onoprecht kan worden afgewe-

zen wanneer de werkelijke reden tot afwijzing van huurhernieuwing gelegen is in de weigering van de huurder om in te stemmen met huurprijsverhoging. In het aan het hof onderworpen geval was er een voorafgaande dreiging met opzegging voor eigen gebruik, wanneer de gevraagde huurprijsverhoging niet aanvaard zou worden. Men zou kunnen zeggen dat de huurhernieuwingsweigering aangetast was door een «onzedelijke oorzaak» en dus geen uitwerking kon hebben.

In het onderhavige geval is het echter niet bewezen, noch zelfs thans te vermoeden, dat de bedoeling van tweede verweerster om haar hoofdzetel naar Knokke-Heist over te brengen niet oprecht of niet uitvoerbaar zou zijn.

In dit verband is het overbodig te weten waar eerste verweerster thans woont en/of werkt — zodat het aangeboden getuigenbewijs daarover niet ter zake dienend is — des te meer daar de exploitatie van de hoofdzetel ook kan geschieden buiten zijn persoonlijke medewerking ter plaatse.

Het is eveneens overbodig te onderzoeken of de basisakte van het gebouw, zoals eiseres beweert, al dan niet een verbod inhoudt van vestiging van een vastgoedbedrijf in het verhuurde goed, daar dit verbod, zelfs indien het zou bestaan, eventueel met akkoord van de betrokken eigenaren zou kunnen worden ingetrokken of de vestiging van een vastgoedbedrijf zou kunnen worden gedoogd.

Ten overvloede zij zelfs opgemerkt dat het voorschrift in de basisakte, inhoudend dat de winkels bestemd moeten zijn voor een luxehandel, bedoelt, zoals uitdrukkelijk is vermeld: de uitsluiting van hinderlijke bedrijven als bv. bars, restaurants, vishandels, slagerijen, e.d. (p. 13 basisakte).

Ten slotte kan niet ernstig beweerd worden dat het geschil tussen partijen betreffende de uitvoering van eigenaarsherstellingen de eigenlijke grond zou zijn van de huurhernieuwingsweigering.

Dit geschil werd immers geregeld bij ons vonnis van 27 juni 1980, dat door de beide partijen is aanvaard.

Weliswaar is er betwisting aangaande de uitvoering van dit vonnis, doch tijdens deze betwisting werd geen enkele bedreiging van huurhernieuwingsweigering geuit.

Bovendien is het pas op 22 december 1980 dat eiseres liet weten aan eerste verweerder dat zij de sommen van 9.837 frank en 45.101 frank, door haar betaald voor eigenaarsherstellingen, zou afhouden van de huurprijs. Op deze datum was de N.V. T. reeds opgericht (18 december 1980).

Volgens de oprichtingsakte werd een inbreng gedaan van onroerende goederen voor een gezamenlijke waarde van 88.850.000 frank, waarvan het verhuurde goed slechts een klein onderdeel vormt (5.000.000 frank).

Het is niet denkbaar dat zulk een grootscheepse operatie zou geschieden om, door het oprichten van een kapitaalvennootschap, overneemster van het gehuurde goed, een reden te scheppen ter weigering van huurhernieuwing voor eigen gebruik.

Ook is het helemaal niet verdacht dat tweede verweerster, die een activiteit op de markt van de vaste goederen beoogt, haar hoofdzetel wenst over te brengen van het bescheiden St-Martens-Latem naar het heel wat drukker bezochte Knokke.

Er is dus niet de minste grond om de door tweede verweerster aangevoerde reden tot huurhernieuwingsweigering af te wijzen als onoprecht of onuitvoerbaar.

De vordering van eiseres tot het verkrijgen van huurhernieuwing is dus ongegrond, zodat de tegeneis tot uitdrijving tegen 1 mei 1982 dient te worden ingewilligd.

Eveneens ongegrond is de bijkomende vordering tot veroordeling van verweerder tot betaling van een schadevergoeding ten belope van drie jaar huurprijs en bijkomend 2.000.000 frank schadevergoeding, daar de wet op de handelshuurovereenkomsten enkel vergoeding wegens uitzetting voor eigen gebruik toekent ingeval dit eigen gebruik strekt tot het drijven van een soortgelijke handel als die van de huurder — hetgeen ter zake niet het geval is.

(...)

NOOT—Betreffende de bevoegdheid van de rechter om controle uit te oefenen op de oprechtheid van het voornemen tot persoonlijke ingebruikneming en op de waarschijnlijkheid dat het ten uitvoer wordt gebracht, zie in dezelfde zin: Cass., 31 januari 1975, *R.W.*, 1975-76, 31, waarbij de voorziening tot cassatie werd verworpen tegen Rb. Hasselt, 25 september 1973, *Limb. Rechtsl.*, 1973, 104, besproken door J.H. Herbots, F. Delwiche en L. Lamine, «Overzicht van rechtspraak (1975-1977). Bijzondere contracten», *T.P.R.*, 1980, 612-613, nrs. 163-164.

BOEKEN

P.W. VAN DER PLOEG, m.m.v. S. PERRICK, **Echtgenoot krijgt volledige nalatenschap erflater**, Tjeenk Willinck, Zwolle, 1982, 116 blz.

Dit boekje bevat een gedeeltelijke en artikelsgewijze kritische bespreking van het laatste Nederlandse wetsontwerp inzake het erfrecht van de langstlevende echtgenoot daterend van 17 oktober 1981 (*Nederlandse Staatscourant*, 21 oktober 1981).

Ook in Nederland is men sinds jaren aan een hervorming van het erfrecht van de langstlevende toe. De geschiedenis ervan is nog bewegener en langduriger dan bij ons en het eindpunt is — zeker zo men ingaat op de suggesties van de invloedrijke auteur — nog niet in het zicht!

In Nederland evenwel heeft deze hervorming plaats samen met een wijziging van het erfrecht in zijn geheel en dit in het kader van de algehele hervorming van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek. Erfrecht wordt in het nieuwe B.W. behandeld in boek 4. Een voorontwerp werd reeds in 1954 door Meijers opgesteld, waarna boek 4 bij wet van 11 september 1969 werd vastgesteld. De minister had toen aangekondigd dat de invoering van dit boek in twee fasen zou gebeuren. Een eerste wet zou enigszins buiten schema, «als een trein buiten de dienstregeling» o.m. de positie van de langstlevende verbeteren via een wijziging van het bestaande B.W. In het voorjaar 1974 werd dienovereenkomstig de zogenaamde «erfrechtelijke voortrein» ingediend. Dit ontwerp tot partiële wijziging werd fel bekritiseerd door het Nederlandse notariaat en niet het minst door van der Ploeg in een fel opgemerkte artikelenreeks in 1974 verschenen in het *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, *W.P.N.R.*, nrs. 5269, 5271, 5273, 5275 en 5285).

Het ontwerp van wet van 17 oktober 1981 dat het derde gedeelte van het ontwerp Invoeringswet Boeken 3-6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek inhoudt, trekt de erfrechtelijke voortrein in, ziet af van de idee van een invoering in twee fasen maar stelt een ingrijpende wijziging voor van het in 1969 vastgestelde boek 4. Een nieuwe titel, titel 2A, wordt eraan toegevoegd onder de kop «Het vruchtgebruik ten behoeve van de echtgenoot en andere rechten bij versterf». Alleen de 19 artikelen tellende eerste afdeling, waarin

het vruchtgebruik van rechtswege wordt uitgewerkt (art. 4.2A.1.1 tot 19) wordt in het onderhavige boek besproken.

In tegenstelling tot de vroegere teksten hebben zowel de Commissie Erfrecht (spreekbuis van het notariaat) als het Hoofdbestuur van de Koninklijke Notariële Broederschap zich achter het ontwerp geplaatst. Volgens de auteur hebben zij zich te weinig kritisch en te weinig zelfstandig tegenover de nieuwe tekst opgesteld. In deze leemte wil hij voorzien met dit boekje dat oorspronkelijk bedoeld was als een nieuwe artikelenreeks voor het *W.P.N.R.*

Door het nieuwe ontwerp wordt aan de langstlevende vruchtgebruik toegekend op de goederen van de nalatenschap voor zover die anderen dan de echtgenoot toekomen (art. 1). Daarnaast blijft ze haar (reeds bestaande) erfrecht van een kindsgedeelte in volle eigendom behouden.

Het gaat om een vruchtgebruik «sui generis», niet alleen omdat het afwijkt van het klassieke begrip (het gaat om een vruchtgebruik met beschikkingsrecht tenzij bij gift) (art. 2), maar ook van de nieuwe algemene regeling inzake vruchtgebruik opgenomen in boek 3 (waar eveneens een — zij het niet gelijklopend — beschikkingsrecht voorkomt). Dit vruchtgebruik gaat zodoende eerder lijken op een fideicommiss de residuo.

Dat een dergelijke figuur een gedetailleerde uitwerking vergt, hoeft geen betoog. Dit gebeurt in 19 lange artikelen, die samen 99 leden tellen en die door de auteur systematisch in 19 hoofdstukken onder de loupe worden genomen. Als gedegen jurist spist de auteur zijn kritiek op de eerste plaats toe op de technisch-juridische onvolmaaktheden van het wetsontwerp. Het creëren van de nieuwe figuur roept onvermijdelijk de nodige vragen op. Op een aantal wordt in het ontwerp antwoord gegeven als: hoe wordt stemrecht en andere aan de goederen verbonden bevoegdheden uitgeoefend (art. 3); wat zo de blote eigenaar (het ontwerp spreekt van hoofdgerechtigde) handelingsonbekwaam is (art. 4); wat bij uitwinning van de goederen voor schulden van de echtgenoot (art. 6); hoe gebeurt de afwikkeling en de verdeling van de nalatenschap (artt. 7 en 8); hoe worden effecten geadmistreerd (art. 11). Wat gebeurt er zo de langstlevende over de goederen beschikt: uitzonderlijk zaaksvervanging (art. 12) in principe vergoedingsverplichting (art. 13) in zekere mate geïndexeerd (art. 14). De auteur toont aan, soms met uitgewerkte cijfervoorbeelden, hoe gezien op de achtergrond van het bestaande recht en de algehele herziening van het B.W. (schenkingen worden b.v. in boek 7 nieuw B.W. behandeld) niet alle antwoorden even bevredigend blijken, soms onvolledig zijn of anderzijds overbodig. Zo merkt hij bv. op dat de coördinatie met de algemene vruchtgebruikregeling niet zo goed is, of stelt hij vast dat, hoewel het de echtgenoot verboden is zonder medewerking van de hoofdgerechtigde de met vruchtgebruik bezwaarde goederen weg te schenken (art. 2, lid 2), uit de toelichting bij het wetsontwerp blijkt dat het verbod alleen de beschikkingsbevoegdheid betreft, niet de titel, zodat de echtgenoot verbintenisrechtelijk gebonden is de overeenkomst na te leven en het geschonken goed te leveren. Wanneer dan de echtgenoot overlijdt, treden zijn erfgenamen in zijn rechten en verplichtingen. Zijn deze erfgenamen ook hoofdgerechtigden in de nalatenschap van de eerstgestorven echtgenoot (bv. de kinderen), dan staan zij in een dubbele rechtspositie: enerzijds kunnen zij de gift aanvechten (als hoofdgerechtigde), maar anderzijds zijn zij tot de uitvoering ervan verplicht (als erfopvolger van de langstlevende). Dit heeft tot eigenaardig gevolg dat zij, zo zij per se het geschonken goed zouden terugwillen, de nalatenschap dienen te verwerpen! Actueel is ook dat de auteur tevens nagaat of de Nederlandse wetgever zijn internationale verplichtingen is nagekomen, en hij van oordeel is dat sommige bepalingen in strijd zijn met het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en het internationaal UNO-Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Dit is volgens hem bv. het geval met art. 18, dat hij een *lex odiosa* noemt. Daar wordt aan de rechtbank de bevoegdheid verleend aan de langstlevende het vruchtgebruik te ontnemen zo daardoor een zwaarwegend belang van de hoofdgerechtigde wordt gediend, en het belang van de echtgenoot in vergelijk hiermee niet ernstig wordt geschaad; en dit zonder schadeloosstelling, wat volgens de auteur in strijd is met het eerste protocol van het E.V.R.M.

Als man van de praktijk heeft de auteur vooral twijfels t.a.v. de praktische hanteerbaarheid van de voorgestelde regeling. Een vruchtgebruik met beschikkingsbevoegdheid noopt t.a.v. de hoofdgerechtigde (zoals een fideicommiss de residuo t.a.v. de ver-

wachter) tot zeker waarborgen. Deze worden hier, naast door een (niet zo efficiënt) schenkingsverbod, ook bewerkstelligd door de verplichting tot (herhaaldelijke) boedelbeschrijvingen en een systeem van jaarlijkse opgaven met schatting van de waarde van de goederen (art. 9).

De auteur vreest dat een zeer nauwkeurige administratie van de mutaties niet steeds mag worden verwacht, dat jaarlijkse schattingen bij de jaarlijkse opgave weinig houvast bieden daar zij, gezien de kosten, niet door deskundigen verricht zullen worden en dat de plicht tot nauwkeurige informatie toch eigenlijk geen pas geeft in de (wellicht meest voorkomende) verhouding van ouder tot kind. De auteur is daarnaast van oordeel dat de positie van de langstlevende door het wetsontwerp te zeer wordt versterkt, zij krijgt immers meer dan nodig om in haar verzorging te voorzien. De echtgenoot-vruchtgebruiker is immers in principe slechts tot een (zij het gedeeltelijk geïndexeerde) vergoeding verplicht bij zijn overlijden en dit maximaal tot het nettobedrag van zijn nalatenschap (art. 16). Dit betekent dat het hier gaat om een vruchtgebruik met beschikkings- en verteringsrecht en dus om een vermoemd erfgenaamschap (in volle eigendom) van de gehele nalatenschap. Dit blijkt trouwens uit de kop waaronder het ontwerp in de Staatscourant werd aangekondigd «Echtgenoot krijgt volledige nalatenschap erf later» en die daarom door de auteur als titel voor zijn werk werd overgenomen. Wat bedoeld werd als een tussenoplossing tussen een langst-leeft-al en een klassiek vruchtgebruik, is dit in feite niet. De auteur pleit dan in zijn slotbeschouwing (opnieuw) voor een endosseren van de notariële praktijk der ouderlijke boedelverdeling met toebedeling van de goederen van de nalatenschap aan de langstlevende met uitkeringen aan de kinderen ten belope van hun erfdeel waarvan de opeisbaarheid slechts wordt opgeschort tot bij het overlijden van de langstlevende voor zover diens verzorging dit vergt.

Het zoeken naar een goed uitgebalanceerde wetgeving inzake het erfrecht van de langstlevende echtgenoot, die ook technisch-juridisch goed past in het recht in zijn geheel, is — wij weten het bij ervaring — een zeer moeilijke en ambitieuze opdracht. Het onderhavige werk zal er hopelijk zijn steentje toe bijdragen dat dit misshien in Nederland uiteindelijk verwezenlijkt wordt.

M. Puelinckx-Coene

BERICHTEN

Ondernemingsdiscontinuïteit

Op 28 en 29 april 1983 organiseert de Vrije Universiteit Brussel een colloquium over de juridische en boekhoudkundige aspecten van de waardering en van de verslaggeving bij ondernemingen met continuïteitsproblemen. De jaarrekeningen en de andere vormen van informatie ten behoeve van het publiek stellen in deze situatie diverse problemen die tot nog toe niet voldoende zijn bestudeerd.

Het colloquium omvat vier delen: de economische, boekhoudkundige en juridische grondslagen van het onderwerp worden tijdens de voormiddag van de eerste dag behandeld; de namiddag is gewijd aan de positie en de verantwoordelijkheid van de externe controleurs; de positie en de verantwoordelijkheid van de ondernemers wordt bestudeerd tijdens de voormiddag van de tweede dag; de rol van de hoven en rechtbanken zal 's namiddags aan bod komen.

De studiedagen staan onder de wetenschappelijke leiding van de h. Biron, professor aan de Vrije Universiteit Brussel, eerste directeur bij de Bankcommissie. Zij worden voorgezeten door de h. P. De Vroede, professor aan de Vrije Universiteit Brussel.

Plaats: auditorium van de Royale Belge, Vorstlaan 25 te 1170 Brussel.

Talen: Engels, Frans, Nederlands; met simultaanvertaling.

Deelname in de kosten: 7.500 BF te storten op rekening nr. 035-0072652-40 van «Colloquium april 1983» met vermelding van de naam en het adres van de ingeschreven persoon.

Inlichtingen: de hh. C. Dauw en R. Kirch, tel. 02/537.11.70, de h. M. Flamée, tel. 02/641.25.51.

TIJDSCHRIFTEN

Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht, 1982

nr. 4, juli-augustus

S. Furlani, De invloed van de Belgische Grondwet 1831 op de fundamentele teksten van het Koninkrijk Sardinië 1848, De invloed uitgeoefend door de Belgische Grondwet en het Belgisch grondwettelijk stelsel van 1831 op de samenstelling van de Statuto en van andere fundamentele teksten betreffende de instellingen van het Koninkrijk Sardinië in 1848; P. Peeters, De locale, private radio-omroep en de vrijheid van meningsuiting, een grondwettelijke terreinverkenning; L. Prakke, Recente politieke ontwikkelingen in Nederland; P. Berckx, De nationaliteitsvoorschriften voor betrekkingen in overheidsdienst en het vrije verkeer van werknemers binnen de E.E.G.; H. Van Impe, De nationaliteitsvoorwaarden en het beginsel van het vrij verkeer van werknemers binnen de Europese Gemeenschap; P. Berckx, Kroniek onderwijs; M. Daenens, Gemeentewezen; X., noot bij R.v.St., 4 december 1981, nr. 21.638, in zake N.V. Lat. Delalande (inschrijving op de lijst van de farmaceutische specialiteiten die door de Z.I.V. worden terugbetaald — belang van invoerders en verdelers van farmaceutische producten om nietigverklaring te vorderen van K.B. betreffende de lijst van de farmaceutische specialiteiten die voor terugbetaling in aanmerking komen); J. Borret, advies voor R.v.St., 11 december 1981, nr. 21660, in zake Van Kerckhoven (ontvankelijkheid van beroep tot nietigverklaring tegen een bevestigende beslissing).

Tijdschrift voor notarissen, 1982

nr. 9, september

F. Bouckaert, Tontine: een rechtsfiguur uit grootvaders tijd?

Ars Aequi, 1982

nr. 6, juni

P.C.G. Overeem, Het vrij verkeer van werklozen in E.E.G.-verband; Cobi Aldenherg, Weigering communist bij de P.T.T.; A.M.W. Louwers-Verdegaal, De plaats van zelfwerkzaamheid in de rechtenstudie; R. Verstegen, De juridische opleiding in België; Wetgeving; Jurisprudentie; Rechtsvragen.

nr. 7, juli-augustus

Servaas van Thiel, Internationale handel, ontwikkelingslanden en de Gatt; Servaas van Thiel, De Lomé-conventies; N. Skylakakis, De ontwikkelingslanden en het IMF; R. Barents, Internationale Grondstoffenovereenkomsten; L. Takkenberg, Internationale organisaties en het voedselvraagstuk; M.-L. Filippini, De bijdrage van het wereld voedsel programma aan de oplossing van het voedselprobleem; J. Luykx en E. Hannema, Overdracht van technologie; het Verdrag van Parijs en de UNCTAD-gedragscode; G. Tanga, De exclusieve economische zone in het nieuwe zeerecht; E. Boertien, VN-gedragscode voor transnationale ondernemingen; E. Groot, A. Louman en J. Sutherland, Investeringswetgeving in ontwikkelingslanden; P. Dumore, Nationalisaties in het internationale recht; S. Prechal, Omstreden structuren. Hervormingen binnen het VN-systeem; E. Van Schoutten, De nieuwe staten en het Internationale Hof van Justitie; J. Van der Horst, Ontwerpverdrag voor een Nieuwe Internationale Economische Orde; Charter of Economic Rights and Duties of States.

Panopticon, 1982

nr. 4, juli-augustus

E. Verhellen, Jeugdbescherming en de Staatshervorming; M. Puttaert en J. Van Kerckvoorde, Seponeringsbeleid van het openbaar ministerie in jeugdzaken; W. Sarlee, De invloed van de massamedia op de criminaliteit; L. Vandekerckhove en L. Huyse, Enkele knelpunten in de vorming van de Belgische zelfmoordstatistiek.

Journal des tribunaux, 1982

nr. 5217, 26 juni

G. Kellens, «Victimisations», insécurité et système pénal; Th. Afschrift, noot onder Cass., 25 februari 1982 (inkomstenbelasting — artikel 248 W.I.B.); Ch. Panier, noot onder Rb. Hoei, 23 februari 1982, (dwangsom — echtscheidingsprocedure — dringende en voorlopige maatregelen).

nr. 5218, 4 september

R. Charles, «Du ministère public»; J. Verhoeven, noot onder Cass., 19 maart 1981 (post — verlies aangetekende zending — toepassing van de Conventie van Wenen).

nr. 5219, 11 september

X. Leurquin, Le blocage des prix des produits importés de la C.E.E.; P. Lambert, noot onder Rb. Luik, 6 mei 1981 (beslag onder derden — advocaat — beroepsgeheim).

nr. 5220, 18 september

J.F. Gribomont, Des aspects actuels de la responsabilité civile professionnelle des avocats.

nr. 5221, 25 september

P. Crahay en F. Jadot, L'indemnité de clientèle du concessionnaire de vente; M. Dassesse, noot onder Cass., 19 november 1981 (inkomstenbelasting — artikelen 228 en 229 W.I.B. — bescherming van het privé-leven); A. Van Oevelen, noot onder Vred. Anderlecht (2e kanton), 18 maart 1982 (tijdelijke huurwetgeving — wet van 24 december 1981 — toepassingsgebied — parkeergarage).

Revue critique de jurisprudence belge, 1982

nr. 3

M. Fontaine, La suspension de la garantie d'assurance pour défaut de paiement des primes, noot onder Cass., 23 oktober 1980; J. Mahaux, La détermination du caractère propre ou commun d'une dette d'un époux en fonction de sa date (avant ou après la loi du 14 juillet 1976), noot onder Cass., 5 september 1980; G. Van Hecke en Fr. Rigaux, «Examen de jurisprudence (1976 à 1980), Droit international privé».

Revue de droit pénal et de criminologie, 1982

nr. 7, juli

E. Meuwissen, Misère et misérables du dépôt de mendicité de la Cambre (1810-1872); H. Klare, La lutte contre la criminalité au Royaume-Unie.

Revue du notariat belge, 1982

nr. 2712, juni

A. Delière, Pour un contrat évolutif; M. Dizier-Wilkin, L'article 19 «in fine» de la loi hypothécaire est-il applicable au privilège mobilier du Trésor public en matière d'impôts sur les revenus?

nr. 2713 en 2714, juli-augustus

R. De Valkeneer, Droit international privé. Textes législatifs et réglementaires intéressants le notariat; J.-L. Ledoux, Introduction actuarielle à la conversion de l'usufruit.

Revue générale des assurances et des responsabilités, 1982

nr. 6, juni

M. Deterck-Spilleboudt, Réflexions économiques sur l'évaluation exacte d'un dommage avant le jugement.

nr. 7, juli

Proposition de loi modifiant l'article 16 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale.

Tijdschrift van de vrederechters, 1982

nr. 5, mei

Rechtspraak.

nr. 6-7, juni-juli

Rechtspraak.

Jura Falconis, 1981-82

nr. 4

M. Boes, Structuur van de Koninklijke Belgische Voetbalbond; M. Morren, De interne geschillenregeling van de K.B.V.B.; K. Van Beylen, De sportbeoefenaar en het verbod een beroep te doen op de rechtbank; N. Geelhand, Sport en aansprakelijkheid, actuele tendensen in de rechtspraak; K. Segers, De subsidiëring van de gemeentelijke sportverenigingen; L. Coenen en P. De Coster, De sociale wetgeving en voetballers.