

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIEADRES: ALBERTSTRAAT 25, 2018 ANTWERPEN

JURIDISCHE IMPLICATIES VAN NIEUWE ONTSTAANSVORMEN VAN MENSELIJK LEVEN*

1. Recente ontwikkelingen in binnen- en buitenland op het gebied van de toepassingen van de nieuwe medisch-genetische technieken, doen de vraag rijzen naar de zich hierbij vanuit juridisch gezichtspunt voordoende problemen. Na de ontleding van de onderscheiden «nieuwe» ontstaansvormen, zal aandacht besteed worden aan enkele van de meest prangende juridische problemen

I. Overzicht van de onderscheiden nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven

A. Kunstmatige inseminatie (K.I.)

2. Kunstmatige inseminatie is het proces dat leidt tot de bevruchting van een eicel door de kunstmatige (= anders dan via geslachtsverkeer) inbreng van semen in het moederlichaam.

1° *Gewone kunstmatige inseminatie*. Hierbij is de wensmoeder = genetische moeder = baringsmoeder.

1.1. Homologe K.I. (K.I.E.): kunstmatige inseminatie met semen van de echtgenoot/concubijn.

1.2. K.I. post mortem: kunstmatige inseminatie van de weduwe/overlevende concubine met semen van de echtgenoot/concubijn na diens overlijden.

1.3. K.I. met donor-semen (K.I.D.): kunstmatige inseminatie met semen afkomstig van een man die geen relatie met de moeder heeft¹.

2° *Draagmoederschap na kunstmatige inseminatie*. Draagmoederschap is de constructie waarbij een vrouw vanuit het voornemen om ten behoeve van een ander of een ander (echt)paar een kind te baren, in haar baarmoeder een vrucht tot ontwikkeling laat komen.

2.1. Draagmoederschap na K.I. met semen van de echtgenoot/concubijn van de wensmoeder: wensmoeder ≠ genetische moeder = baringsmoeder; wensvader = genetische vader.

2.2. Draagmoederschap na K.I.D.: wensmoeder ≠ genetische moeder = baringsmoeder; wensvader ≠ genetische vader.

B. Buitenlichamelijke bevruchting of in vitro fertilisatie (I.V.F.), en embryotransfer (E.T.)

3. Buitenlichamelijke bevruchting is de kunstmatige inseminatie van een eicel buiten het moederlichaam, in een aangepast groeimiddel (in vitro).

Embryotransfer is de inbreng van een bevruchte eicel (embryo) in de baarmoeder van een vrouw.

1° *Gewone IVF-ET*: wensmoeder = genetische moeder = baringsmoeder².

1.1. Inseminatie met semen van de echtgenoot/concubijn: wensvader = genetische vader.

1.2. Inseminatie met donor-semen: wensvader ≠ genetische vader.

2° *IVF-ET met eiceldonatie*: wensmoeder = baringsmoeder ≠ genetische moeder.

2.1. Inseminatie met semen van de echtgenoot/concubijn (loutere eiceldonatie): wensvader = genetische vader.

2.2. Inseminatie met donor-semen (gametendonatie): wensvader ≠ genetische vader.

3° *Draagmoederschap met IVF-ET*: wensmoeder = genetische moeder ≠ baringsmoeder.

3.1. Inseminatie met semen van echtgenoot/concubijn: wensvader = genetische vader.

3.2. Inseminatie met donor-semen: wensvader ≠ genetische vader.

* Lezing gehouden tijdens het colloquium «Technologie op zoek naar recht», georganiseerd door de Vlaamse Juristenvereniging te Gent op 27 en 28 februari 1985.

¹ Zie hierover STEENO, O., «Elf jaar praktijkervaring met 509 zwangerschappen door donorinseminatie (K.I.D.)», *Aktualiteiten — Relatie en Seksualiteit*, 1983, 8-12.

² Zie hierover VAN STEIRTEGHEM, E.A., «Behandeling van onvruchtbaarheid door in vitro fertilisatie en embryo transfer», *Tijdschrift voor geneeskunde*, 1984, 67-74.

4° *Embryotransfer post mortem*: na overlijden van de genetische ouder(s): zogenaamde adoptie van weesembryo's.

C. Embryowegname (E.W.) en embryotransfer (E.T.)

4. Embryowegname (flushing of «uitspoeling», lavage of «uitwassings») is de techniek waarbij de uterus 3 à 4 dagen na de bevruchting uitgewassen wordt en aldus het embryo weggenomen wordt vóór de innesteling en getransfereerd wordt.

1° *Embryodonatie*: wensmoeder = baringsmoeder ≠ genetische moeder.

1.1. In vivo inseminatie van de genetische moeder (door echtgenoot/concubijn van de genetische moeder): wensvader ≠ genetische vader.

1.2. Kunstmatige inseminatie van de genetische moeder met semen van de echtgenoot/concubijn van de wensmoeder: wensvader = genetische vader.

1.3. Kunstmatige inseminatie van de genetische moeder met donor-semen: wensvader ≠ genetische vader.

2° *Draagmoederschap met E.W.-E.T.*: wensmoeder = genetische moeder ≠ baringsmoeder.

2.1. In vivo inseminatie van de wensmoeder: wensvader = genetische vader.

2.2. Kunstmatige inseminatie van de wensmoeder met semen van haar echtgenoot/concubijn: wensvader = genetische vader.

2.3. Kunstmatige inseminatie van de wensmoeder met donorsemen: wensvader ≠ genetische vader.

D. Conclusie

5. Bij toepassing van een van de nieuwe medische bevruchtingstechnieken, kan het kind genetisch afkomstig zijn:

— ofwel van beide wensouders (situaties A. 1.1, B. 1.1, B. 3.1, C. 2.1 en C. 2.2);

— ofwel alleen van de wensmoeder (situaties A. 1.3, B. 1.2, B. 3.2 en C. 2.3);

— ofwel alleen van de wensvader (situaties A. 2.1, B. 2.1 en C. 1.2);

— ofwel van geen van beide wensouders (situaties A. 2.2, B. 2.2, C. 1.1 en C. 1.3)³.

Daarnaast zijn er nog de gevallen waarbij een kind geboren wordt uit een vrouw die geen vaste relatie (meer) heeft met een man.

II. Het statuut van menselijk genetisch materiaal

A. Het statuut van menselijke lichaamsstoffen of -delen in het algemeen

6. Vóór de afscheiding van het menselijke lichaam kan van een vermogensrechtelijke positie van stoffen uit of delen van het lichaam nog geen sprake zijn, aangezien er dan een hoogstpersoonlijke zeggenschap op het eigen lichaam en de stoffen en delen ervan geacht wordt te be-

staan, die onverenigbaar is met de kwalificatie «zaak» in de zin van het vermogensrecht⁴. Na de afscheiding van het menselijke lichaam wordt door de meeste auteurs aangenomen dat stoffen uit of delen van het lichaam als zelfstandige zaak in de zin van het vermogensrecht te beschouwen zijn⁵.

7. Het voorgaande heeft tot gevolg dat een overeenkomst m.b.t. een lichaamsstof of -deel dat zich nog in of aan het lichaam bevindt, nietig is wegens ongeoorloofde oorzaak: een dergelijke overeenkomst heeft immers een oorzaak die in strijd is met de openbare orde (beschikking over een persoonlijkheidsrecht) en met de goede zeden (artt. 1131 en 1133 B.W.). De nakoming van een dergelijke overeenkomst kan dus niet worden gevorderd, en de wederpartij kan zich evenmin op contractuele wanprestatie beroepen om schadevergoeding te vorderen.

Het ligt evenwel anders bij een overeenkomst over een lichaamsstof of -deel dat reeds is afgescheiden van het lichaam. Door het teloorgaan van het persoonlijkheidsrecht bij de afscheiding, ontstaat de voor het vermogensrecht relevante zaak⁶.

Terwijl de rechtsbetrekkingen van een persoon tot de delen en stoffen van zijn lichaam vóór de afscheiding niet als een eigendomsrecht (of een ander zakelijk recht) gekwalificeerd kunnen worden⁷, staat niets de constructie van een zakelijk recht m.b.t. reeds afgescheiden lichaamsstoffen of -delen in de weg⁸.

M.i. is er geen reden om dit zakelijk recht anders dan als een eigendomsrecht te kwalificeren, hoewel sommigen er de voorkeur aan geven hier te gewagen van een recht *sui generis*⁹. Bij de afscheiding ontstaat dus een eigendomsrecht over de lichaamsstof of het lichaamsdeel, waarvan de rechthebbende de persoon is van wie de lichaamsstof of -deel afkomstig is¹⁰. Deze afgescheiden lichaamsstoffen of -delen kunnen in principe het voorwerp uitmaken van eigendomsoverdracht, tenzij bepaalde fundamentele rechten of wettelijke bepalingen zich daar in een bepaald geval tegen verzetten.

B. De consequenties m.b.t. menselijk genetisch materiaal

8. Toegepast op het menselijk genetisch materiaal heeft het voorgaande tot gevolg dat een overeenkomst waarbij

⁴ Zie o.m. VAN HERTEN, J.H.S., «De rechtspositie van lichaam, lijk, stoffelijke resten, organen en niet-menselijke implantaten», *W.P.N.R.*, 1984, (155), 156-157; LOEB, E. en VAN STRAATEN, J.C., «Voortplanting van de mens anno 1984», *N.J.B.*, 1984, (1025), 1027.

⁵ Cf. LEENEN, H.J., *Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Alphen a/d Rijn, 1978, 41; LOEB en VAN STRAATEN, *art. cit.*, 1027.

⁶ Cf. LOEB en VAN STRAATEN, *art. cit.*, 1027.

⁷ Zie DIJON, X., *Le sujet de droit et son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Namen, 1982, 662-667; NYS, H., «Eigendom in het medisch recht», *R.W.*, 1983-84, (2357), 2358, nr. 3; VAN HERTEN, *art. cit.*, 157, nr. 2.2.

⁸ Zie LEENEN, H.J., *Gezondheidszorg en recht. Een gezondheidsrechtelijke studie*, Alphen a/d Rijn, 1981, 132; NYS, *art. cit.*, 2371, nr. 19.

⁹ Zie hierover DIJON, *op. cit.*, 676, noot 32.

¹⁰ In die zin VAN HERTEN, *art. cit.*, 157, nr. 2.5; LOEB en VAN STRAATEN, *art. cit.*, 1027, nr. 4.1.

³ Voor een overzicht: zie ook «The New Origins of Life», *Time*, 10 september 1984, 37.

een persoon zich ertoe verbindt semen of een eikel af te staan, nietig is, en dat bij niet-naleving aan een dergelijke overeenkomst geen gedwongen uitvoering gegeven kan worden en ook geen schadevergoeding gevorderd kan worden¹¹.

Afgescheiden semen en weggenomen eicellen zijn evenwel als zaken te beschouwen in de zin van het vermogensrecht. Bij de afscheiding wordt de man eigenaar van zijn semen en wordt de vrouw eigenares van de bij haar weggenomen eikel(len). Dit eigendomsrecht is nu principieel *overdraagbaar*: als dusdanig bestaan er geen fundamenteelrechtelijke bezwaren tegen een dergelijke eigendomsoverdracht, en wettelijke belemmeringen zijn er (vooralsnog) niet. In principe is een overeenkomst omtrent reeds afgescheiden semen of omtrent reeds weggenomen eicellen geldig: de man kan contracteren over zijn afgescheiden semen, de vrouw over de bij haar weggenomen eikel.

9. Dat er in principe een recht tot vervreemding of terbeschikkingstelling bestaat m.b.t. semen en eicellen, impliceert niet dat de beschikkingsmacht en de contracteervrijheid erover onbeperkt zijn. De voornaamste beperking erop vloeit voort uit de bijzondere aard van deze zaken: de overdracht of terbeschikkingstelling van menselijk genetisch materiaal zal getoetst moeten worden aan de algemene normen van de openbare orde en de goede zeden.

10. Tegen de *afstand om niet* (schenking) van semen of eicellen door de eigenaar ervan aan een medisch centrum kunnen er aldus juridisch weinig bezwaren gemaakt worden: het semen of de eicellen worden afgestaan zonder tegenprestatie. Een kostenvergoeding staat de aanwending van deze rechtsfiguur niet in de weg.

11. M.b.t. de *afstand van semen of eicellen om baat* (koop, ruil) ligt de zaak evenwel anders. Traditioneel wordt in ons rechtssysteem en dat van andere Westeuropese landen aangenomen dat koop-verkoopovereenkomsten aangaande lichaamsdelen of -stoffen nietig zijn wegens strijdigheid met de goede zeden: het wordt ongeoorloofd geacht dat een persoon materieel voordeel zou opdoen bij de afstand van organen of andere lichaamsdelen¹². Sommige auteurs achten nochtans resoluut de verkoop van bv. bloed juridisch toelaatbaar voor zover deze geschiedt aan een bloedbank die onder rechtstreeks overheidstoezicht staat en er waarborgen worden geschapen tegen misbruik van de verkoopmogelijkheden¹³.

M.b.t. sperma en eicellen kan evenwel zonder aarzeling gesteld worden dat een verkoopovereenkomst volgens het hedendaags (West Europees) rechtsgevoel strijdig is met de goede zeden en derhalve nietig is¹⁴⁻¹⁵.

C. De tijdelijke afstand van sperma ter bewaring

12. Een overeenkomst die in de praktijk nogal eens voorkomt is die waarbij een man semen laat bewaren bij een spermabank, vooral in geval van nakende steriliteit (medische behandeling, sterilisatie, ...), zulks met het oog op (eventuele) latere aanwending voor bevruchting van zijn echtgenote of vriendin. De afgifte van het sperma tot bewaring in de spermabank gebeurt in zo'n geval dus om de kansen op latere procreatie veilig te stellen.

In de Franse zaak-Corinne Parpalaix oordeelde de Tribunal de grande instance van Créteil dat de beschikkingen die een man in zo'n geval neemt met de spermabank, geen overeenkomst van bewaargeving (in de zin van artt. 1915 e.v. C. Civ.) kunnen zijn, omdat het voorwerp ervan — semen — niet een zaak in de handel (art. 1128 C. Civ.) zou zijn, maar een «*sécrétion contenant le germe de la vie et destinée à la procréation d'un être humain*»¹⁶. De rechtbank komt tot het besluit dat de genomen beschikkingen een specifieke overeenkomst of contract *sui generis* uitmaken, die voor het centrum dat de spermabank beheert, de verplichting inhoudt om het sperma in stand te houden, het aan de betrokken man te restitueren op diens eerste aanvraag of het te overhandigen aan de vrouw voor wie het bestemd werd.

13. Er steekt evenwel een contradictie in de redenering van de rechtbank, waar zij enerzijds oordeelt dat de toepassing van de regels van de bewaargeving uitgesloten is wegens het feit dat het semen geen zaak is die in de handel is, en anderzijds beslist dat er *in casu* sprake is van een specifieke overeenkomst, terwijl art. 1128 C. Civ. juist bepaalt dat alleen zaken die in de handel zijn, het voorwerp kunnen uitmaken van welke overeenkomst ook. Het ligt dan voor de hand om in dergelijke beschikkingen gewoon een overeenkomst van bewaargeving te zien¹⁷, met deze restrictie dat bepaalde gemeenrechtelijke regels van de bewaargeving geen toepassing kunnen vinden wegens het bijzondere karakter van het voorwerp ervan. Immers, zodra aanvaard wordt dat sperma het voorwerp kan uitmaken van een schenking (zie boven, nr. 10), dan wordt aan dat lichaamsbestanddeel meteen de hoedanigheid toegekend van zaak die in de handel is¹⁸. Met het begrip «*zaken die in de handel zijn*» wordt trouwens gewoon bedoeld de zaken die juridisch vatbaar zijn om het voorwerp van een rechtshandeling uit te maken¹⁹ of de zaken die in het rechtsverkeer kunnen worden opgenomen²⁰.

14. Als contract van bewaargeving impliceert de «*voorlopige afstand*» van semen aan een spermabank, dat het depositum na verloop van tijd teruggegeven wordt op de eerste aanvraag, zelfs indien voor de bewaargeving een termijn vooropgesteld zou zijn: een dergelijke termijn is im-

¹¹ Cf. LOEB en VAN STRAATEN, *art. cit.*, 1027, nr. 4.1.

¹² Zie bv. wetsontwerp betreffende het wegnemen en transplanteren van organen en weefsels (ontwerp-Dhoore/Moureaux), *Parl. St., Kamer*, 1980-81, nr. 774-1, art. 3; wetsontwerp betreffende het wegnemen en transplanteren van organen (ontwerp-Gol/Dehaene/Aerts), *Parl. St., Senaat*, 1984-85, nr. 832-1, art. 4, § 1.

¹³ VAN HERTEN, *art. cit.*, 160, nr. 3.2.

¹⁴ Cf. LOEB en VAN STRAATEN, *art. cit.*, 1027, nr. 4.1.

¹⁵ In Frankrijk zou een centrum een geldelijke beloning voor de afstand van het sperma toekennen; RAYMOND, G., «*La procréation artificielle et le droit français*», *J.C.P.*, 1983, 3114, nr. 21.

¹⁶ Trib. gr. inst. Créteil, 1 augustus 1984, *Journal des Procès*, 5 okt. 1984, nr. 47, 27, noot DERMAGNE.

¹⁷ Cf. LABBEE, X., «*L'insémination artificielle pratiquée après la mort du donneur*», *Gaz. Pal.*, 16-18 sept. 1984, (2), 3, nr. II, a.

¹⁸ LABBEE, *art. cit.*, 3, nr. I.

¹⁹ VANDEPUTTE, R., *Beknopte leergang van verbintenissen*, Leuven, s.d., I, 42.

²⁰ DERINE, R. e.a., *Zakenrecht*, deel I A, Antwerpen, 1974, nr. 5.

mers uitsluitend ten voordele van de bewaargever bedongen²¹. De bewaarnemer dient de zaak terug te geven aan diegene die hem het depositum toevertrouwd heeft (art. 1937 B.W.)

In geval van overlijden van de bewaargever, bepaalt art. 1939 B.W. dat de in bewaring gegeven zaak slechts aan de erfgenaam (of ieder van de erfgenamen voor zijn aandeel) kan — en moet — worden teruggegeven. Deze laatste bepaling kan evenwel niet worden toegepast in geval van bewaargeving van sperma²²: het sperma valt immers, als afgescheiden bestanddeel van het menselijk lichaam, niet in de nalatenschap. Een nalatenschap kan immers slechts zuiver vermogensrechtelijke bestanddelen bevatten: extrapatrimoniale rechten en vermogensrechtelijke rechten waarvan het morele belang het geldelijke overstijgt, zijn ervan uitgesloten²³. Het gevolg hiervan is dat, bij het overlijden van de man, zijn in bewaring gegeven sperma niet toekomt aan zijn erfgenamen als dusdanig, maar dat het, gezien het persoonsgebonden karakter ervan, toekomt aan degene die de bewaargever hiervoor had aangewezen.

Indien de bewaargever uitdrukkelijk de persoon heeft aangewezen aan wie, na zijn overlijden, zijn sperma dient toe te komen, dan zal de spermabank er niet buiten kunnen om het in bewaring gegeven sperma aan deze persoon, op diens verzoek, te overhandigen. Indien er geen uitdrukkelijke wilsuitering ter zake is geweest, zal m.i. moeten worden nagegaan wat de impliciete wil van de overleden man ter zake geweest kan zijn. Hier kan enige gelijkenis onderkend worden met de regeling inzake lijkbezorging (W. 20 juli 1971)²⁴. Er is ter zake dus geen vooropgestelde rangorde die gevolgd moet worden: de afgifte van het sperma zal bepaald worden door de uitdrukkelijke of impliciete, vaststaande of vermoede wil van de overledene. De weduwe of overlevende concubine kan dus niet als dusdanig een aanspraak maken op het semen van de vooroverleden echtgenoot resp. vriend.

Uiteindelijk is de rechtbank te Créteil, in de zaak-Parpalaix, redenerend op grond van het voorhanden zijn van een specifiek contract, tot dezelfde conclusie gekomen: vastgesteld werd, op grond van een geheel van getuigenissen en vermoedens — er was geen uitdrukkelijke wilsverklaring ter zake van de vooroverleden echtgenoot — dat het duidelijk diens bedoeling geweest was om zijn verloofde, die twee dagen voor zijn dood zijn echtgenote geworden was, moeder te doen worden van een geschapelijk kind, of de verwekking van het kind nu zou plaatshebben tijdens zijn leven dan wel na zijn dood. De rechtbank is tot het besluit gekomen dat de weduwe gerechtigd was op het in bewaring gegeven sperma — of zij er zich mee zou laten insemineren heeft de rechtbank hierbij niet in beschouwing genomen — en dat het centrum dat de spermabank beheerde de integraliteit van het sperma diende te overhandigen aan diegene voor wie de overledene het bestemd had²⁵.

III. De afstamming van het na aanwending van een medisch-genetische techniek geboren kind

A. K.I.E.

1. De lege lata

15.a) *Gehuwde vrouw*. Een kind verwekt door K.I. van een gehuwde vrouw met semen van haar echtgenoot en tijdens diens leven, zal onder de vaderschapsregel vallen: bij de geboorte zal dit kind automatisch de echtgenoot van zijn moeder tot (juridische) vader hebben (art. 312, eerste lid, B.W.).

Ik meen dat de echtgenoot in zo'n geval het vaderschap niet zal kunnen ontkennen, ook al zou hij kunnen bewijzen dat hij verwijderd is geweest van zijn echtgenote gedurende het hele tijdvak van de verwekking, of dat hij, ten gevolge van een ongeval, in de fysieke onmogelijkheid verkeerd heeft om geslachtsbetrekkingen te hebben (zie art. 312, 2e lid, B.W.). Immers, nu de mogelijkheid van de inseminatie zonder cohabitatie bestaat, mag de wijze waarop de bevruchting bekomen werd als dusdanig niet meer relevant geacht worden, zelfs niet in het geldende recht, gezien de ratio van deze vorm van ontkenning van vaderschap²⁶.

16.b) *Ongehuwde vrouw*. Een kind verwekt door K.I. van een ongehuwd samenwonende vrouw met toestemming van en met semen van haar (ongehuwde) vriend, zal door laatstgenoemde erkend kunnen worden onder dezelfde voorwaarden als elk natuurlijk kind (art. 335 B.W.). Bij niet-erkenning zal een onderzoek naar het vaderschap ingesteld kunnen worden, doch slechts voor zover er bezit van staat gevestigd is (art. 340a B.W.).

De onderhoudsvordering tegen de vermoede vader zal evenwel niet op basis van de K.I. zelf ingesteld kunnen worden, omdat het ter beschikking stellen van sperma *de lege lata* niet gelijkgesteld kan worden met het hebben van geslachtsgemeenschap met de moeder in de zin van art. 340b B.W. gezien de ratio van deze onderhoudsvordering²⁷. Deze vordering zou in voorkomend geval wel ingesteld kunnen worden op basis van de geslachtsgemeenschap die de vriend wiens sperma werd aangewend, gehad zou hebben met de moeder gedurende het wettelijk tijdperk van de bevruchting.

2. De lege ferenda

17. Voor voorstellen naar komend recht, zie verder, nrs. 22 en 24.

B. K.I. post mortem

1. De lege lata

18. Aangezien bij toepassing van K.I. vaak opeenvolgende inseminaties nodig zijn vooraleer een zwangerschap wordt bereikt, zal het op deze wijze na de dood van de

²¹ VANDEPUTTE, R., *Overeenkomsten*, Antwerpen, 1981, 232 en 242.

²² Cf. DERMAGNE, *loc. cit.*, 27, die hierin evenwel een reden ziet om de figuur van de bewaargeving ter zake totaal te verwerpen.

²³ DE PAGE en DEKKERS, *Traité*, IX, nr. 10.

²⁴ Cf. LABBEE, *art. cit.*, 4, nr. II, a.

²⁵ Trib. gr. inst. Créteil, 1 augustus 1984, *aangeh.*

²⁶ Zie hierover uitvoeriger SENAËVE, P., *Het vaderschap van de echtgenoot. Vaststelling en betwisting van de op het huwelijk gebaseerde afstamming langs vaderszijde*, Antwerpen, 1982, nrs. 265-267.

²⁷ Anders, m.b.t. het Nederlandse recht: ASSER-DE RUITER, *Personen- en familierecht*, deel II, 11de uitg., Zwolle, 1982, 349; zie evenwel *ibid.*, deel I, 12de uitg., Zwolle, 1984, 91.

echtgenoot bij de weduwe verwekt kind in de regel meer dan 300 dagen na de ontbinding van het huwelijk geboren worden: in dat geval zal het kind niet onder de vaderschapsregel vallen. Er kan evenmin sprake zijn van een pre-conceptuele erkenning: een gehuwd man kan immers geen kind erkennen dat hij bij zijn echtgenote heeft, en hoe dan ook kan een erkenning niet geldig geschieden vóór de verwekking.

Het kind zal het natuurlijk kind zijn van de weduwe, en het zal niet mogelijk zijn om het vaderschap gerechtelijk te doen vaststellen²⁸, noch om een onderhoudsvordering in te stellen tegen de nalatenschap van de vooroverleden echtgenoot.

2. *De lege ferenda*

19. In een voorontwerp van aanbeveling inzake de kunstmatige inseminatie dat in 1978 in het kader van de Raad van Europa door een deskundigencomité was uitgewerkt, kwam een regeling voor van de K.I. post mortem, waarin o.m. werd voorgesteld dat het kind dat, onder bepaalde voorwaarden en binnen een bepaald aantal jaren na het overlijden van de man, *post mortem* bij wege van K.I. zou zijn verwekt, beschouwd zou worden als het wettig kind van de vooroverleden echtgenoot. O.m. ten gevolge van de vele juridische moeilijkheden die een dergelijke regeling met zich mee zou brengen, werd de problematiek van de K.I. *post mortem* in de uiteindelijke versie van het ontwerp niet opgenomen²⁹.

20. Op dit ogenblik zou het zeker voorbarig zijn om het afstammingsrecht aan te passen aan de K.I. post mortem³⁰. Mocht deze praktijk zich evenwel verspreiden, dan bestaan er m.i. geen principiële bezwaren tegen de uitbreiding van de vaderschapsregel tot kinderen die via K.I. *post mortem* verwekt zijn: een dergelijke vaderschapstoewijzing steunt inderdaad op stevige gronden aangezien zowel het fysiologische als een — althans intentioneel — socio-affectief vaderschap voorhanden is. Een dergelijke vaderschapstoewijzing zou evenwel gepaard moeten gaan met de nodige waarborgen voor alle bij het gebeuren betrokken partijen, en de regeling zou beperkt dienen te worden tot de kinderen die binnen 2 à 3 jaar na het overlijden van de echtgenoot geboren worden³¹. Bij K.I. *post mortem* met semen van de vooroverleden concubijn zou gedacht kunnen worden aan een nieuwe (automatische) vorm van erkenning vóór de verwekking.

C. *K.I.D.*

1. *Gehuwde vrouw*

21.a) *De lege lata*. Zoals bij K.I.E. zal ook het bij wege van K.I.D. bij een gehuwde vrouw verwekte kind bij de

geboorte automatisch de echtgenoot van zijn moeder tot vader hebben (art. 312, 1e lid, B.W.).

In principe is het evenwel niet uitgesloten dat deze het vaderschap over dit kind ontkent, ook al zou hij voorheen hebben toegestemd tot de K.I.D. De toestemming van de echtgenoot kan immers in geen geval beschouwd worden als een afstand van het recht om de ontkenning te vorderen van het als gevolg van de toepassing van deze techniek verwekte kind: van het recht om een vordering van staat uit te oefenen, kan immers niet rechtsgeldig afgezien worden, gezien de onbeschikbaarheid van de staat van de persoon³². In Frankrijk en West-Duitsland — waar in de afstammingswetgeving tot op heden evenmin de hypothese van de K.I.D. uitdrukkelijk vooropgesteld werd — werd de ontkenning van vaderschap dan ook toelaatbaar geacht in geval van een via K.I.D. met toestemming van de echtgenoot verwekt kind³³. Sommigen hebben dit resultaat bestreden door, in navolging van de Duitse rechtsleer, een beroep te doen op de theorie van het rechtsmisbruik. De sanctivering van het rechtsmisbruik — dat in zo'n geval duidelijk voorhanden is — kan m.i. evenwel niet bestaan in de onontvankelijkheid of de ontoelaatbaarheid van de eis tot ontkenning van vaderschap³⁴.

Gezien het beperkte kader waarin de ontkenning van vaderschap in het geldende recht besloten ligt, zijn de kansen voor de echtgenoot om in zo'n geval het vaderschap met succes te betwisten, evenwel erg miniem.

22.b) *De lege ferenda*. Naar komend recht moet, gezien de frequente toepassing van de K.I.D. in ons land, in die situatie een wijziging worden gebracht, dit in navolging van wat andere Westeuropese landen hebben gedaan³⁵. In het wetsontwerp-Van Elslande (1978) wordt de betwisting van het vaderschap bij consensuele donorinseminatie uitdrukkelijk uitgesloten: het voorgestelde art. 318, § 4, B.W. bepaalt: «De vordering (tot betwisting van het vaderschap) wordt niet toegewezen indien de man toestemming heeft gegeven tot een daad die de verwekking van het kind tot doel heeft gehad»³⁶, waarmee in de eerste plaats de K.I. met instemming van de echtgenoot werd bedoeld.

In de recentste tekst van de senaatscommissie voor de Justitie blijkt de formulering van deze bepaling enigszins gewijzigd te zijn; er zou thans gesteld worden: «De vordering (tot betwisting van het vaderschap) is niet ontvankelijk wanneer de echtgenoot toestemming heeft gegeven tot kunstmatige inseminatie of tot een andere daad die de voortplanting tot doel had, tenzij de verwekking van het

³² DE PAGE, *Traité*, I, nr. 262.

³³ *Frankrijk*: Trib. gr. inst. Nice, 30 juni 1976, *J.C.P.*, 1977, II, nr. 18.597, noot HARICHAUX-RAMU en D., 1977, 45, noot HUET-WEILLER; *West-Duitsland*: Bundesgerichtshof, 7 april 1983, *N.J.W.*, 1983, 2073 en *Fam RZ*, 1983, 686; zie hierover: COESTER-WALTJEN, D., «Die Vaterschaft für ein durch künstliche Insemination gezeugtes Kind», *N.J.W.*, 1983, 2059-2060.

³⁴ Zie SENAEVE, *op. cit.*, nr. 277.

³⁵ Zie SENAEVE, *op. cit.*, nrs. 281-286.

³⁶ *Parl. St., Senaat*, 1977-78, nr. 305-1, 37.

³⁷ Cf. Voorstel-Lagasse (zie voetnoot 51), art. 14; HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, W.C.E., «Kunstmatige inseminatie, in vitro fertilisatie, embryo transfer... Een verkenning op braakliggend en onontgonnen terrein», *F.J.R.*, 1984, (225), 227.

²⁸ *Anders* in het Franse recht: MAZEN, N.-J., «L'insémination artificielle: une réalité ignorée par le législateur», *J.C.P.*, 1978, 2899, nr. 20.

²⁹ Zie OSCHINSKY, S., «Les travaux du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de la médecine», *J.T.*, 1980, (1), 5.

³⁰ *Anders* GULDIX E., «Artificiële afstamming of het recht in gebreke», *VI. T. Gez.*, 1980-81, afl. 4, (1), nrs. 25-26 en 80.

³¹ Zie SENAEVE, *op. cit.*, nr. 272; *adde*: TERRÉ, F., in LABRUSSE, C. en CORNU, G., *Droit de la filiation et progrès scientifique*, Parijs, 1982, 145.

kind niet het gevolg kan zijn van die handeling»; aldus wordt hierbij ook rekening gehouden met andere nieuwe voortplantingstechnieken dan de K.I.D.

2. Ongehuwde vrouw

23.a) *De lege lata*. Wat betreft de K.I.D. bij een ongehuwde vrouw, verwijs ik naar wat gezegd werd inzake K.I.E. bij een ongehuwde vrouw (boven nr. 16). Daarenboven zal hier het onderzoek naar het vaderschap en de onderhoudsvordering welke bij niet-vrijwillige erkenning tegen de (gewezen) vriend van de moeder zouden worden ingesteld, door deze laatste steeds kunnen worden tegengesproken op basis van het ontbreken van biologisch vaderschap.

24.b) *De lege ferenda*. Naar komend recht verdient het aanbeveling om aan de toestemming van een man tot K.I. van een ongehuwde vrouw — over het vereiste zelf, zie verder, nr. 47 — consequenties te verbinden in het vlak van de afstamming van het aldus te verwekken kind.

Er zou bepaald moeten worden dat het uitdrukkelijk akkoord gegeven door een niet-gehuwde man tot kunstmatige inseminatie van een niet-gehuwde vrouw, gelijkstaat met de erkenning van het vaderschap van het aldus te verwekken kind³⁷. In geval van inseminatie met donor semen dient daarenboven de betwisting van het vaderschap op grond van de afwezigheid van bloedband — één van de gevallen waarin betwisting overeenkomstig art. 339, eerste lid, B.W. mogelijk is — uitgesloten te worden, naar analogie met de ontoelaatbaarheid van de ontkenning van vaderschap in zo'n geval (zie boven, nr. 22). Deze innovatie vereist natuurlijk de organisatie van een registratie in de registers van de burgerlijke stand, en het inbouwen van een betwistingsmogelijkheid voor de man als blijkt dat het kind niet uit de K.I. waartoe hij zijn toestemming had gegeven, is voortgesproten.

D. Gewone I.V.F.

1. Gehuwde vrouw

25. In geval van gewone in vitro fertilisatie, waarbij de eicel van een vrouw in het lab wordt bevrucht met semen van haar echtgenoot en het embryo nadien bij dezelfde vrouw wordt ingeplant, rijzen er in het vlak van de afstamming weinig problemen.

Het moederschap zal vaststaan t.a.v. die gehuwde vrouw, en het bewijs dat de zwangerschap tot stand is gekomen na buitenlichamelijke bevruchting, gevolgd door embryotransfer, kan geen enkele rol spelen, noch bij de vaststelling, noch bij de betwisting van de afstamming van het kind aan moederszijde. Wat de afstamming langs vaderszijde betreft, is de ontkenning van vaderschap m.i. in zo'n geval uitgesloten, om redenen uiteengezet m.b.t. de K.I.E. (zie boven, nr. 15).

In geval van I.V.F. bij een gehuwde vrouw met donorzaad, is een ontkenning van vaderschap *de lege lata* principieel mogelijk, om de redenen uiteengezet inzake de K.I.D. (zie boven, nr. 21). *De lege ferenda* zou ze uitgesloten moeten worden (zie boven, nr. 22).

2. Ongehuwde vrouw

26. Indien de I.V.F. wordt toegepast bij een ongehuwde vrouw, met toestemming van haar vriend, en al dan niet

met semen van haar vriend, zullen dezelfde regels gelden als bij K.I.E. resp. K.I.D.: de erkenning van het kind door de vriend zal kunnen gebeuren overeenkomstig de gewone regels van de erkenning van natuurlijke kinderen; het onderzoek naar het vaderschap zal slechts kunnen als er bezit van staat is, maar ingeval het zaad niet van de vriend afkomstig is, zal hij dit kunnen opwerpen om de vordering te doen afwijzen; een onderhoudsvordering ex art. 340b B.W. zal slechts op eventuele geslachtsgemeenschap en niet op de I.V.F. zelf gebaseerd kunnen worden en zal in elk geval weersproken kunnen worden indien semen van een donor is aangewend.

M.b.t. het komende recht verwijs ik naar wat ter zake gesteld werd bij K.I. van een ongehuwde vrouw (boven, nr. 24).

E. I.V.F. met eiceldonatie/Embryowegname met embryodonatie

1. Gehuwde vrouw

27. In beide gevallen waarin een embryo wordt geïmplant bij een andere vrouw dan degene van wie de eicel resp. het embryo afkomstig is, rijzen er geen problemen inzake de afstamming aan moederszijde. Wat het biologische aspect van de afstamming aan moederszijde betreft, heeft de wetgever immers alleen rekening gehouden met de *bevalling*. Zulks blijkt duidelijk uit het voorwerp zelf van de onderscheiden vaststellingswijzen van de afstamming aan moederszijde, en inzonderheid uit dat van de gewone vaststellingswijze, nl. de geboorteakte met aanduiding van de naam van de moeder, dit is de vrouw die van het kind bevallen is (art. 319 jo. art. 57 B.W.). De gehuwde vrouw die het kind gedragen heeft en die van het kind bevallen is, zal juridisch de moeder zijn, en met het bewijs van de eiceldonatie of van de embryodonatie kan niet worden opgekomen tegen dit juridische moederschap, noch door de vrouw die de eicel resp. het embryo geschonken heeft, noch door de vrouw die van het kind bevallen is, noch door het kind zelf. Betwisting van het moederschap is aldus absoluut uitgesloten, ook al zou het kind geen bezit van staat hebben dat met zijn geboorteakte overeenstemt³⁸.

Een wetgevende hervorming waarbij bepaald zou worden dat bij embryotransfer waarbij het genetische materiaal van een andere vrouw afkomstig is, de moeder diegene is die van het kind bevallen is, is derhalve volkomen overbodig.

De echtgenoot van de vrouw die van het kind bevallen is, zal automatisch de vader zijn; ingeval de I.V.F. is gebeurd met donorzaad, of ingeval het weggenomen embryo genetisch niet van hem is, dan is ontkenning van vaderschap principieel niet uitgesloten (cf. boven, nr. 25).

2. Ongehuwde vrouw

28. Ingeval het een ongehuwde vrouw is die een kind ter wereld brengt via I.V.F. met eiceldonatie, of na embryowegname met embryodonatie, dan zal de afstamming t.a.v. haar eveneens automatisch vaststaan door de geboorte, voor zover men aanvaardt dat de regel *Mater semper certa*

³⁸ Zie hierover uitgebreider SENAËVE, P., «Het juridisch statuut van het na buitenlichamelijke bevruchting en/of na embryotransplantatie geboren kind», *VI. T. Gez.*, 1982-83, (59), 62, nr. 9.

est op basis van de Marckx-interpretatie van artt. 8 en 14 E.V.R.M. reeds tot het geldende recht behoort³⁹.

F. Draagmoederschap

1. *De lege lata*

29. Hoe het draagmoederschap technisch ook wordt opgevat:

— met kunstmatige inseminatie met semen van de echtgenoot of vriend van de wensmoeder of met semen van een donor;

— met in vitro fertilisatie met semen van de echtgenoot of vriend van de wensmoeder of met donorsemen, en embryotransplantatie bij de draagmoeder;

— met embryowegname na in vivo bevruchting van de wensmoeder, of na K.I. van de wensmoeder met semen van haar echtgenoot of vriend dan wel met donorsemen, in alle gevallen zal de draagmoeder, indien zij zelf gehuwd is, bij de geboorte automatisch voor de moeder van het kind gehouden worden, en zal dit moederschap niet voor betwisting vatbaar zijn. Is de draagmoeder ongehuwd, dan zal de afstamming te haren opzichte m.i. eveneens automatisch vaststaan, op basis van de artt. 8 en 14 van het E.V.R.M. in de interpretatie die zij sinds het Marckx-arrest gekregen hebben (cf. boven, nr. 28); maar zelfs als men zou beweren dat in het geldende recht de uitdrukkelijke erkenning door de moeder nog steeds vereist is om de afstamming te haren opzichte vast te stellen, dan nog zou alleen de draagmoeder het kind kunnen erkennen, en zou de wensmoeder dit nooit kunnen: a) omdat een erkenning door een gehuwde vrouw uitgesloten is⁴⁰; b) omdat een erkenning verondersteld wordt de uitdrukking te zijn van de biologische waarheid — en daarmee wordt in ons recht beoogd, de vrouw die van het kind bevallen is — en de vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte het afstammen van de wensmoeder zal tegenspreken^{40a}. Aan de andere kant maakt de aangifte van de geboorte van het kind als kind, niet van de draagmoeder, maar van de wensmoeder, het misdrijf uit van onderschuiving van een kind bij een vrouw die er niet van bevallen is (art. 363 Sw.)⁴¹.

30. Een oplossing voor het juridisch statuut van het uit een draagmoeder geboren kind kan *de lege lata* gevonden worden in de instelling van de adoptie en de wetgeving door adoptie. De wensmoeder en haar echtgenoot kunnen, na de geboorte, het kind adopteren of wettigen door adoptie. Problematisch hierbij kan zijn:

— de toestemming van de juridische ouders van het kind, zijnde de draagmoeder en haar eventuele echtgenoot; deze toestemmingen mogen pas na de geboorte worden gegeven (art. 348, § 1, vierde lid, en art. 368, § 4, B.W.);

— de leeftijdsvereisten, m.n. de minimumleeftijd van de adoptant van 35 jaar, of van elk van de gehuwde adoptanten van 30 jaar (indien ze sinds meer dan 5 jaar gehuwd zijn volstaat het dat één van de adoptanten 30 jaar is) (artt. 345 en 368, § 1, eerste lid, B.W.);

— de vereiste homologatie door de jeugdrechtbank.

31. Elke verbintenis door een vrouw aangegaan in een draagmoedercontract, en in het bijzonder de verbintenis om het kind na de geboorte af te staan aan de wensouders, is nietig, zodat deze vrouw daar steeds op kan terugkomen en kan weigeren het kind af te staan aan de wensouders.

Iedere moeder heeft het recht haar kind te behouden; haar verbintenis om het kind af te staan en haar ouderlijke rechten over te dragen is, in het huidige recht, in strijd met de openbare orde⁴². Een dergelijke verbintenis is m.i. evenwel niet in strijd met de goede zeden: het is immers geenszins in strijd met de goede zeden om als kinderloos paar een kind te wensen, terwijl het eveneens maatschappelijk aanvaard wordt dat een vrouw het kind dat zij ter wereld heeft gebracht, afstaat aan derden⁴³. Het uitdragen van een zwangerschap door een ander (paar) kan in bepaalde gevallen trouwens gezien worden als een uitgesproken vorm van edelmoedigheid vanwege de draagmoeder tegenover een bevriend of verwant paar.

Anders ligt het natuurlijk bij een volledig draagmoedercontract, met regeling van de rechten en plichten van beide partijen, waarbij de draagmoeder zich ertoe zou verbinden zich te laten bevruchten c.q. een embryo bij haar te laten inplanten, of waarbij de draagmoeder financieel voor haar prestatie vergoed zou worden: dergelijke verbintenissen zouden in strijd zijn met de goede zeden⁴⁴.

2. *De lege ferenda*

32. De vraag rijst of aan de rechtsonzekerheid die bestaat voor diegenen die hun toevlucht nemen tot de constructie van het draagmoederschap, naar komend recht niet gesleuteld moet worden. Thans zou zulks zeker voorbarig zijn, maar als zou blijken dat het draagmoederschap een zekere verspreiding kent, zou een nieuw wettelijk instituut ingevoerd kunnen worden, een soort *preconceptuele adoptie*, waarbij een echtpaar zou overeenkomen met een draagmoeder dat het kind dat bij laatstgenoemde verwekt zal worden met genetisch materiaal van een of van beide partners, door haar bij de geboorte zal worden afgestaan aan het wenspaar. Deze overeenkomst zou dan, vóór de conceptie, ter homologatie worden voorgelegd aan de rechtbank van eerste aanleg, zoals een adoptieakte m.b.t. een minderjarige ter homologatie wordt voorgelegd aan de jeugdrechtbank. Op basis van dit homologatievonnis zou bij de geboorte van het aldus verwekte kind niet de naam van de vrouw die het kind gebaard heeft, maar de naam van de wensouders in de geboorteakte van het kind worden

³⁹ Zie hierover SENAËVE, P., «Het E.V.R.M., de directe werking en het Marckx-arrest», noot bij Hof Brussel, 31 januari 1983, *R.W.*, 1982-83, 2684-2691.

⁴⁰ Zie SENAËVE, *Het vaderschap van de echtgenoot*, op. cit., nr. 123.

^{40a} In die zin, m.b.t. een verzoek tot machtiging tot erkenning, uitgaande van een vrouw die niet de moeder was van het kind: Rb. Brugge, 29 januari 1985, *onuitg.*, R.v. nr. 24.923.

⁴¹ Zie hierover RIGAUX, M. en TROUSSE, P.-E., *Les crimes et les délits du Code pénal*, V, Brussel, 1968, 211-220, inz. 215.

⁴² Cf. HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, art. cit., 231; LEE-NEN, op. cit., (1978), 77-78.

⁴³ Cf. COESTER-WALTJEN, D., «Rechtliche Probleme der für andere übernommenen Mutterschaft», *N.J.W.*, 1982, (2528), 2531-2532.

⁴⁴ Cf. HEIDA, A., «Juridische perikelen rond het draagmoeder-schap», *W.P.N.R.*, 1984, (649), 652.

opgenomen, met alle afstammingsrechtelijke gevolgen van dien⁴⁵.

Ik begrijp dat bij velen de techniek van het draagmoederschap en de afwijkingen op het principe dat moeder van een kind is, de vrouw die het kind gedragen en gebaard heeft, weerstanden oproept. Doch er kunnen situaties bestaan waar het draagmoederschap — vanzelfsprekend geheel buiten de commerciële context — de enige en voor alle betrokkenen wenselijke oplossing is voor de kinderwens van een paar: er valt niet in te zien waarom, mits de nodige waarborgen worden ingebouwd, het recht dergelijke — weliswaar uitzonderlijke — situaties niet zou kunnen tegemoet treden.

IV. Een basisregeling voor de nieuwe medisch-genetische technieken

A. De noodzaak van basisregeling

33. Volgens sommigen doet de huidige situatie, waarin het recht de materie van de nieuwe medisch-genetische technieken overlaat ter vrije beslissing van de burgers, het meeste recht aan het zelfbeschikkingsrecht van de burger, en is er tot nu toe niets gebleken van omstandigheden die een wettelijke regeling ervan aangewezen zouden maken⁴⁶; een Frans auteur verwoordt dit standpunt treffend als volgt: «Il faut attendre prudemment que le temps vienne où les fruits du droit tiendront les promesses des fleurs de la science»⁴⁷.

Aan de andere kant zijn er degenen die aandringen op een tussenkomst van de wetgever, hetgeen veelal geschiedt vanuit een afwijzend oordeel over de nieuwe medisch-genetische technieken; met een wetgevende tussenkomst wordt dan dikwijls een verbod of beperking van de toepassing van bepaalde technieken beoogd.

34. M.i. moet op de vraag naar de noodzaak van een basisregeling van de nieuwe medisch-genetische technieken een genuanceerd oordeel gegeven worden. Er moet een onderscheid gemaakt worden tussen de kunstmatige inseminatie enerzijds en de andere, recentere technieken anderzijds.

De kunstmatige inseminatie wordt in ons land sinds 1957 sporadisch en sinds 1970 op een georganiseerde wijze toegepast, men heeft voldoende tijd gehad om — positieve en negatieve — ervaringen op te doen, en er zijn van verscheidene kanten voorstellen gedaan tot reglementering. Het betreft dus een — relatief — belangrijk maatschappelijk fenomeen, waarvan de problematiek gekend is; een wetgevende tussenkomst lijkt dan ook aangewezen, niet om de

toepassing ervan te verbieden of in te krimpen, maar om te waarborgen dat de aanwending ervan gebeurt op een correcte en georganiseerde manier, en aldus misbruiken of gevaarlijke tendensen te voorkomen of, waar ze zouden bestaan, uit te roeien⁴⁸.

De technieken van in vitro fertilisatie, embryowegname en embryotransfer daarentegen worden in ons land nog maar recent toegepast — de eerste zgn. proefbuisbaby werd geboren in 1982 — en bepaalde technieken (invriezen van embryo's bv.) worden helemaal nog niet toegepast. Het is dan beter dat de wetgever zich ter zake terughoudend opstelt, en ruimte laat zowel voor de techniek om zich te ontwikkelen, als voor de ethici en de publieke opinie om zich omtrent de ermee verband houdende ethische en maatschappelijke problemen te bezinnen. Overigens bieden de algemene bepalingen van onze strafwetgeving en van het medisch tuchtrecht de mogelijkheid bepaalde mogelijke misbruiken tegen te gaan.

B. Verwezenlijkingen en initiatieven

35. In verscheidene organen werden in het verleden reeds initiatieven genomen in de richting van een basisregeling, inzonderheid voor de kunstmatige inseminatie.

1. België

36.a) *Nationaal*. Allereerst dient de wet van 7 februari 1961 vermeld «betreffende de therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong», die werd aangenomen ten gevolge van het akkoord tot stand gekomen in 1958 in het kader van de Raad van Europa inzake de uitwisseling van therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong⁴⁹. Het betreft hier een kaderwet die de algemene principes vooropstelt op basis waarvan de uitvoerende macht de concrete reglementering kan uitvaardigen, aangepast aan de onderscheiden therapeutische bestanddelen en aan de evolutie van de medische technieken. Deze wet is toepasselijk op «ieder bestanddeel dat van een mens afgenomen wordt, en voor therapeutische doeleinden bestemd is». Art. 1 van de wet bevat een lijst van dergelijke bestanddelen: bloed, rode bloedcellen, serum, plasma, proteïnen en derivaten, alsmede weefsels of organen waaruit het menselijk organisme is samengesteld. Deze lijst is evenwel enuntiatief, zodat het sperma, de eicel of het embryo — waar men zeker niet aan gedacht heeft bij het opstellen van de wet — er in principe ook onder kunnen vallen: dat zijn immers evenzeer bestanddelen die van een mens «afgenomen» («prélèvés») worden, en die voor therapeutische doeleinden kunnen worden bestemd. Het menselijk sperma bv. valt onder de wet voor zover het ingevroren of behandeld wordt tussen het ogenblik van de ejaculatie en de inseminatie, niet dus wanneer een K.I.D. met vers sperma wordt uitgevoerd⁵⁰.

⁴⁸ Cf. MEULDERS-KLEIN, M.-T., «Rapport sur le corps humain, personnalité juridique et famille en droit belge», *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Journées belges, XXVI, 1975, (Extrait), 49.

⁴⁹ De tekst ervan werd gewijzigd te Straatsburg op 7 april 1978 (*Staatsblad*, 22 februari 1979).

⁵⁰ Cf. DE COOMAN-VAN KAN, A.-M., «L'insémination artificielle. Recommandation du Conseil de l'Europe et perspectives de

⁴⁵ Zie SENAËVE, *art. cit.*, VI. T. Gez., 1982-83, 64-65, nrs. 12-13; OAKLEY, M., «Test Tube Babies: Proposals For Legal Regulation of New Methods of Human Conception and Prenatal Development», *Family Law Quarterly*, 1974, (385), 391-392. Anders: *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, (Warnock-Committee), Londen, 1984, 47, nr. 8.19; DE HONDT, I. en HOLTRUST, N., «Schat, staat ons embryo nog koud», *N.J.B.*, 1984, 1295-126.

⁴⁶ In die zin, m.b.t. K.I.D.: LEENEN, *op. cit.*, (1978), 76-77; m.b.t. draagmoederschap: COESTER-WALTJEN, *art. cit.*, 2534.

⁴⁷ TERRÉ, F., in LABRUSSE en CORNU, *op. cit.*, 149.

Art. 3 bepaalt dat therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong alleen door een geneesheer of onder diens leiding mogen worden afgenomen en gebruikt, en dat de aflevering of de terhandstelling ervan alleen op voorschrift van de geneesheer mag geschieden. Alle andere bepalingen omtrent de therapeutische bestanddelen moeten, overeenkomstig deze wet, genomen worden door de Koning. Welnu, alle uitvoeringsbesluiten die tot op heden genomen zijn, hebben uitsluitend betrekking op het bloed of op derivaten van het bloed.

Concreet betekent dit dat overeenkomstig de wet van 1961 het opslaan van sperma, het gebruik en de terhandstelling van ingevroren sperma uitsluitend mag gebeuren door of onder toezicht van een geneesheer, maar dat alle andere bepalingen van de wet uitsluitend toepasselijk zijn op substanties van het bloed. Doch als kaderwet zou de wet van 1961 het mogelijk maken om ook voor de behandeling, bewaring en aanwending van sperma bij K.B. een regeling te treffen.

37.b) *Franse gemeenschapsraad*. Op 24 juni 1982 werd door Lagasse en Gillet bij de *Conseil de la Communauté française* een voorstel van decreet ingediend «relative à l'insémination artificielle des êtres humains»⁵¹. Dit voorstel werd reeds in de commissie van de *Conseil* behandeld, waar het op constitutionele bezwaren stuitte, waarop de Raad van State om advies werd gevraagd. In december 1984 gaf de Raad van State te kennen dat een regeling van de kunstmatige inseminatie niet valt onder de «persoonsgebonden aangelegenheden» waarvoor de gemeenschapsraden bevoegd zijn overeenkomstig art. 59bis, § 2bis, Gw. en art. 5 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen^{51a}.

Inhoudelijk stemt het voorstel grotendeels overeen met het hierna (onder nr. 40) te bespreken Franse voorstel.

2. Raad van Europa

38. In 1979 werd in het kader van de Raad van Europa door een deskundigencomité een ontwerp van resolutie opgesteld over de kunstmatige inseminatie bij de mens⁵². Het is evenwel tot op heden bij een ontwerp gebleven, doordat er binnen de Ministerraad van de Raad van Europa geen overeenstemming kon worden bereikt rondom het gegeven van de anonimiteit van de donor⁵³. In bepaalde landen, inzonderheid Duitsland en Oostenrijk, bestaat een dominante opinie die ertoe tendeert om de anonimiteit van de

donor te beschouwen als een onaanvaardbare hinderpaal t.a.v. het fundamenteel geachte recht van het kind om zijn werkelijke afkomst te weten te komen (zie verder, nr. 53)⁵⁴. De recente ontwikkeling in de Zweedse wetgeving (zie verder, nrs. 42 en 54) toont aan dat deze opinie in Europa aan belang toeneemt, zodat de aanneming van de tekst van genoemd ontwerp uitgesloten moet worden geacht.

39. Aan de andere kant werd een gelijkaardig initiatief genomen in de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa: op 22 september 1981 werd door de Commissie voor sociale zaken en voor volksgezondheid een ontwerp-aanbeveling voorgesteld op de kunstmatige inseminatie van de mens, die in grote lijnen dezelfde regels betreft als het ontwerp van de Raad van Ministers⁵⁵.

3. Buitenland

40. In Frankrijk werd in 1978 een wetsvoorstel bij de Senaat ingediend «tendant à faire de l'insémination artificielle un moyen de procréation»⁵⁶. Dit voorstel werd door de Senaat op 5 juni 1980 in een sterk gewijzigde versie aangenomen⁵⁷ en is thans aanhangig bij de *Assemblée nationale*⁵⁸.

41. In Groot-Brittannië werd in 1982 een onderzoekscommissie ingesteld naar de menselijke fertilisatie en de embryologie. Dit Warnock-Committee, naar de naam van de voorzitter ervan, bracht in 1984 een omstandig verslag uit waarin gepleit wordt voor wetgevende tussenkomsten, niet alleen in het vlak van de donorinseminatie, maar ook m.b.t. I.V.F., embryotransfer, eicel- en embryodonatie, experimenten op embryo's, enz.⁵⁹.

42. Zweden is het eerste land van de Raad van Europa dat een — omvangrijke — wetgeving heeft ingevoerd over de kunstmatige inseminatie. Deze wetgeving, die sinds 1983 werd voorbereid⁶⁰, werd aangenomen in december 1984 en is op 1 maart 1985 in werking getreden⁶¹. Op grond van die wet dienen o.m. alle thans bestaande ingevroren spermavoorraden in de ziekenhuizen te worden vernietigd, en mag geen sperma meer worden ingevoerd uit het buitenland zonder toestemming van de «Nationale Sociale Raad», die

réglementation belge», *J.T.*, 1981, (369), 38, nr. 40; voorstel-Lagasse (zie hieronder), *Développements*, p. 3.

⁵¹ *Conseil de la Communauté française*, 1981-82, nr. 65-1 (cit.: voorstel-Lagasse).

^{51a} *Conseil de la Communauté française*, 1984-85, nr. 65-10, Avis du Conseil d'Etat.

⁵² *Conseil de l'Europe*, Doc. DIR/JUR (79)2, gepubliceerd in *F.J.R.*, 1979, 200; *Conseil de l'Europe*, Comité des Ministres, C M (82)23, dd. 10 februari 1982.

⁵³ Zie LUKÁCS, E., «Enkele kanttekeningen bij de ontwerp-aanbeveling van de Raad van Europa betreffende de kunstmatige bevruchting bij mensen», *F.J.R.*, 1979, (198), 199. Over de ontwerp-aanbeveling: zie ook OSCHINSKY, S., «Les travaux du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de la médecine», *J.T.*, 1980, 1-5; DE COOMAN-VAN KAN, art. cit., 369 e.v.

⁵⁴ Zie BALZ, M., *Heterologe künstliche Samenübertragung beim Menschen*. Rechtliche und politische Überlegungen zu einem Vorhaben des Europarats, Tübingen, 1980, 16-17 en 27; GIESEN, D., «Heterologe Insemination — Ein neues legislatorisches Problem?», *Fam. R.Z.*, 1981, (413), inz. 418, nr. IV.

⁵⁵ *Conseil de l'Europe*, *Assemblée Parlementaire*, doc. 4776 van 22 september 1981.

⁵⁶ *Sénat*, 1ère session ordinaire 1978-79, n° 47, annexe au p.-v. de la séance du 26.10.1978 (wetsvoorstel-Caillavet en Mézard).

⁵⁷ *Sénat*, 2ième session ordinaire 1978-79, n° 450, annexe au p.-v. de la séance du 27.06.1979 — Rapport fait au nom de la Commission des Affaires sociales.

⁵⁸ *Assemblée nationale*, 2ième session ordinaire 1979-80, n° 1782, annexe au p.-v. de la séance du 06.06.1980.

⁵⁹ Department of Health and Social Security, *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, Londen, 1984, 103 p. (cit.: Warnock-verslag); zie hierover o.m. «A welcome report», *British Medical Journal*, 28 juli 1984.

⁶⁰ *Children conceived by artificial insemination*, (Summary of a report of the Insemination Committee), S.O.U., 1983: 42.

⁶¹ Zie *De Volkskrant*, 18 dec. 1984, overgenomen in *N.J.B.*, 1985, 70.

toestemming kan verlenen voor bepaalde ethnische groepen.

43. In *Nederland* werd in augustus 1983 op initiatief van de Vereniging voor Familie- en Jeugdrecht een officiële werkgroep opgericht die als opdracht kreeg de problematiek rond bevruchting en afstamming te bestuderen i.v.m. zich voordoende ontwikkelingen op medisch gebied. De rapportage ervan wordt in het najaar 1985 verwacht.

C. Voorstellen voor een basisregeling

44. De ideeën die hierna worden ontwikkeld, betreffen in de eerste plaats de kunstmatige inseminatie, aangezien dit m.i. de enige techniek is welke *hic et nunc* voor een basisregeling in aanmerking komt (zie boven, nr. 34). Terloops zullen wel verwijzingen gemaakt worden naar gelijkenissen of verschilpunten bij een mogelijke toekomstige regeling van de andere medisch-genetische technieken.

1. Medische handeling uit te voeren binnen bepaalde instituten

45. Er kan worden beweerd dat kunstmatige inseminatie een inbreuk inhoudt op de fysieke integriteit van de vrouw en derhalve het misdrijf van opzettelijke slagen en verwondingen (art. 398 Sw.) uitmaakt, derhalve zou reeds op basis van het bestaande recht de kunstmatige inseminatie alleen mogen worden uitgevoerd door een arts.

Opdat zulks op een onbetwistbare wijze zou vaststaan lijkt het nochtans aangewezen, gezien het kwantitatief en kwalitatief belang van het fenomeen, in de basisregeling uitdrukkelijk te bepalen dat de kunstmatige inseminatie alleen mag worden uitgevoerd door een geneeskundig team onder leiding van een geneesheer.

Verder zou daarin bepaald moeten worden dat de bewaring en invriezing van sperma en de kunstmatige inseminatie met donorsperma zelf, uitsluitend mogen worden doorgevoerd binnen bepaalde inrichtingen die daartoe door de bevoegde overheid worden aangewezen⁶².

Strafsancties zouden het verbod op het behandelen en bewaren van sperma en op het insemineren met donorsperma buiten die inrichtingen kracht moeten bijzetten⁶³.

Het oogmerk van een dergelijke bepaling zou niet zijn om monopolies te creëren, maar om de ongecontroleerde uitbreiding van de centra die K.I.D. toepassen, tegen te gaan. Aldus kan voorkomen worden dat te grote risico's van niet-bekende bloedverwantschap tussen niet-familieleiden ontstaan, doordat verscheidene centra zonder het te weten met het sperma van dezelfde donors insemineren. Tevens kan er aldus beter controle uitgeoefend worden op de naleving door de centra van de voorwaarden gesteld op uitvoering van K.I.(D.). Ten slotte kan er, indien alle centra onderworpen zijn aan dezelfde strenge voorwaarden, gedacht worden aan onderlinge uitwisseling tussen de centra⁶⁴.

⁶² Cf. voorstel-Lagasse, art. 1, eerste lid, en art. 7; ontwerp-aanbeveling R. v. Europa, Doc. C M (82)83, art. 2, 2e lid.

⁶³ Cf. voorstel-Lagasse, art. 16, 2e lid.

⁶⁴ Voorstel-Lagasse, *Développements*, p. 3.

2. Beperking tot therapeutische toepassingen

46. De toepassing van kunstmatige inseminatie, ook met aanwending van semen van donors, wordt in ons land thans nagenoeg algemeen aanvaard als techniek tot bestrijding van *infertiliteit*. Een toekomstige regeling moet ervoor zorgen dat het daar bij blijft, en dient te voorkomen dat de toepassing van de K.I.D. wordt uitgebreid tot *eugenetische* doeleinden (rasverbetering), of tot het krijgen van een bepaald soort kinderen (rasselectie). In dat vlak hebben we absoluut geen behoefte aan Amerikaanse toestanden, waar op bepaalde plaatsen sperma van personen met welbepaalde kwaliteiten wordt opgeslagen om — tegen forse betaling — aangewend te worden met het oog op het verwekken van kinderen met dezelfde hoedanigheden.

Met het oog daarop is het aangewezen te bepalen dat de K.I. met semen van een donor alleen mag worden toegepast:

- bij ernstige mannelijke onvruchtbaarheid;
- bij aanwezigheid van een hoog pathologisch risico in geval van verwekking door de echtgenoot of vriend (rhesus-incompatibiliteit, genetische belasting aan de zijde van de man)⁶⁵.

Een bijzondere hypothese die eveneens in aanmerking moet worden genomen is die van de alleenstaande vrouw die via K.I.D. een kind wenst (zie hierover verder, nrs. 66-70).

Ook hier zou in een strafsanctie voorzien moeten worden voor het geval K.I.D. toegepast zou worden in een situatie die niet aan bovengenoemde criteria beantwoordt⁶⁶; het algemene strafrecht (opzettelijke slagen en verwondingen) voldoet ter zake niet omdat het te vaag is.

3. Waarborgen inzake de toestemming van alle belanghebbende personen

47. Een essentieel punt inzake K.I., dat evenzeer geldt m.b.t. I.V.F., E.W. en E.T., is dat al deze technieken slechts mogen worden toegepast bij uitdrukkelijke aanvraag van de betrokken vrouw en met uitdrukkelijke toestemming van alle bij het gebeuren betrokken personen.

M.b.t. de K.I.D. zou er aldus bepaald moeten worden dat die alleen toegepast mag worden:

- na voorafgaande schriftelijke aanvraag van de vrouw;
- met voorafgaand schriftelijk akkoord van haar echtgenoot resp. haar vriend⁶⁷.

Het akkoord van de echtgenoot/vriend moet herroepbaar zijn tot aan de verwekking⁶⁸.

48. In het voorstel-Lagasse werd bovendien bepaald dat de geneesheer de kunstmatige inseminatie slechts mag uit-

⁶⁵ Cf. voorstel-Lagasse, art. 1, tweede lid, en art. 2; DE COOMAN-VAN KAN, *art. cit.*, 378, nr. 43. In de K.I.D.-praktijk aan de K.U.Leuven bv. wordt in 97 % van de gevallen geopteerd voor K.I.D. wegens mannelijke steriliteit, in 3 % wegens het bestaan van een pathologisch risico bij verwekking door de echtgenoot; STEENO, *art. cit.*, 11.

⁶⁶ Cf. voorstel-Lagasse, art. 16, 1e lid.

⁶⁷ Cf. voorstel-Lagasse, art. 3, 1e-4e lid; ontwerp-aanbeveling R. v. Europa, Doc. C M (82)83, rt. 3, 2e lid.

⁶⁸ Cf. *Conseil de la Communauté française*, 1984-85, nr. 65-5, Amendementen-Lagasse en Gillet dd. 30 oktober 1984, art. 3, 1e lid.

voeren na verloop van drie maanden na ontvangst van de aanvraag van de vrouw en van het akkoord van de man⁶⁹. Bij amendement werd de voorgestelde termijn nadien op zes maanden gebracht bij K.I.D., terwijl voor de K.I.E. de termijn van drie maanden behouden werd⁷⁰. M.i. is het inderdaad aangewezen dat aan de kandidaten een zekere *bedenktijd* wordt opgelegd, gezien de belangrijke consequenties die de toepassing van de techniek kan hebben.

49. Om mogelijke misbruiken tegen te gaan m.b.t. de aanwending van sperma dat bij een spermabank wordt gedeponeerd, dient eveneens de regel te worden vooropgesteld dat het sperma van een man niet mag worden aangewend door K.I. zonder diens toestemming⁷¹. In dergelijke belangrijke zaken dient de individuele vrijheid van de deposant te worden gewaarborgd, indien deze zijn sperma alleen heeft toevertrouwd ter bewaring of uitsluitend voor het doorvoeren van proefnemingen.

Ook hier zouden strafsancities de overtreding dienen te sanctioneren.

50. Ten slotte zou m.i. ook de regel ingevoerd moeten worden dat geen spermadonorschap van *minderjarigen* aanvaard kan worden. Dit stemt trouwens overeen met de praktijk van de universitaire centra die K.I.D. toepassen.

4. Geheimhouding

51.a) *Principiële uitgangspunten*. In de praktijk wordt in de centra die in ons land de K.I.D. toepassen, de identiteit van de donor geheimgehouden voor de ouders en het aldus verwekte kind, en *vice versa*. Er wordt overwegend van uitgegaan dat deze wederzijdse anonimiteit van essentieel belang is voor de bij deze praktijk betrokken partijen, zowel vanuit principieel als vanuit praktisch oogpunt. Principieel, ten einde elke latere confrontatie te vermijden tussen enerzijds de donor en anderzijds het K.I.D.-kind en zijn ouders, en aldus allerlei onverkwikkelijke situaties, betwistingen en zelfs mogelijke chantage uit de weg te gaan; praktisch, omdat zonder waarborg van de geheimhouding, nog maar weinig mannen bereid gevonden zullen worden om semen af te staan met het oog op K.I.D., en nog maar weinig paren bereid zullen zijn om op die techniek een beroep te doen om een kind te verwekken.

52. In die zin werd zowel in het ontwerp van aanbeveling van de Ministerraad van de Raad van Europa⁷² als in het ontwerp van resolutie van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa⁷³ uitdrukkelijk de bepaling opgenomen dat de geneesheer en het medisch personeel die betrokken zijn bij K.I.D., gehouden zijn tot geheimhouding van de K.I.D. zelf en van de identiteit van de donor. Zulks is eveneens het geval in het voorstel-Lagasse⁷⁴ en in het Franse ontwerp⁷⁵.

53. Het gegeven van de anonimiteit van de toepassing van de K.I.D. en van de identiteit van de donor van het semen stuit in een aantal landen evenwel op hevige weerstand. Mede onder invloed van de herinneringen aan en de afschuw voor de nationaal-socialistische opvattingen en praktijken, tendeert een belangrijke stroming in West Duitsland en Oostenrijk ertoe om deze anonimiteit te beschouwen als een onaanvaardbare hinderpaal ten aanzien van het als fundamenteel beschouwde recht van elke persoon om zijn genetische afkomst te kennen⁷⁶. Deze opvatting, die in de eerste plaats een politiek-ethische is, wordt recent ook geschraagd door een juridisch argument: volgens sommigen zou in art. 8 E.V.R.M., dat het recht op gezinsleven beschermt, zoals dat geïnterpreteerd werd in het Marckx-arrest (1979) van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, het fundamentele recht van elke persoon besloten liggen om zijn afstamming vastgesteld te zien t.a.v. zijn genetische ouders, hetgeen vanzelfsprekend het recht impliceert om zijn genetische ouders te kennen⁷⁷.

54. Nu is ter zake recent in Zweden, als eerste Europees land, een wetgeving tot stand gekomen waarbij aan kinderen die via donorinseminatie verwekt zijn, het recht wordt verleend op het ogenblik dat zij meerderjarig zijn geworden (18 jaar), om de identiteit van de spermadonor te kennen. De identiteit van de spermadonors wordt in een speciaal register opgeslagen waarin het betrokken kind bij zijn meerderjarigheid inzage krijgt. Het is wel te verstaan dat zoals voorheen de behandelende geneesheer de identiteit van de donor geheim moet houden t.a.v. de ouders⁷⁸.

55. M.i. moet er afgestapt worden van dit «fetischisme van de bloedband», dat ook in een aantal recente uitspraken van hoge rechtscolleges tot uiting komt⁷⁹. Zonder te willen ontkennen dat het voor de identiteitsbeleving van een kind van belang kan zijn om zijn genetische ouders te kennen, meen ik dat het in het buitenland geformuleerde «recht» van het kind op kennisneming van zijn genetische afkomst, wortelt in het oude denkmodel over ouderschap, waarin de biologische band de onderbouw vormde voor de betekenis van de verzorging en opvoeding, de bovenbouw van het ouderschap. Het bestaan van een fundamenteel recht van een kind dient in dit verband ontkend te worden; het kan zeker niet afgeleid worden uit art. 8 E.V.R.M. Ten slotte is het duidelijk dat bij verwekking bij wege van K.I.D., een zelfs maar eenmalige betrokkenheid tussen de genetische vader en de moeder, die er bij verwekking bij wege van geslachtsgemeenschap bestaan kan hebben, absoluut ontbreekt. De man die semen ter beschikking stelt, is noch naar eigen inzicht, noch naar dat van het paar,

⁷⁶ Zie BALZ, *op. cit.*, 15-18 en 27; GIESEN, *art. cit.*

⁷⁷ BALZ, *op. cit.*, 33-35; HEYVAERT A. en WILLEKENS, H., *Beginnelsen van het gezins- en familierecht na het Marckxarrest*, Antwerpen, 1981, nr. 33.

⁷⁸ Zie *De Volkskrant*, 18 dec. 1984, in *N.J.B.*, 1985, 70; zie ook *Children conceived by artificial insemination* (Summary of a report of the Insemination Committee, S.O.U., 1983: 42.

⁷⁹ Zie o.m. Cass., 4 maart 1976, *R.W.*, 1976-77, 288, noot NUYTINCK, *Pas.*, 1977, I, 732, noot F.D., *Rev. Not. B.*, 1978, 177, en *J.T.*, 1977, 455, noot MAHAUX; E.H.R.M., 13 juni 1979 (zaak-Marckx), *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 227-268.

⁶⁹ Voorstel-Lagasse, art. 3, zesde lid.

⁷⁰ Amendementen-Lagasse en Gillet, art. 3, tweede lid, en art.

4. ⁷¹ Cf. ontwerp-aanbeveling R. v. Europa, Doc. C M (82)83, art. 3, eerste lid.

⁷² Doc. C M (82)83, art. 5.

⁷³ Doc. 4776, art. IV, v.

⁷⁴ Voorstel-Lagasse, art. 11.

⁷⁵ Proposition de loi adoptée par le Sénat (zie noot 55), art. 6.

«vader» van het kind, en ook maatschappelijk kan hij niet als zodanig gelden⁸⁰.

56.b) *Analyse van de deelaspecten.* — i. *Registratie.* Op de vraag of de identiteit van de donor en diens persoonlijke en medische gegevens geregistreerd dienen te worden door de inrichtingen die semen opslaan en/of aanwenden voor K.I.D., dient m.i. positief geantwoord te worden, en dit om de volgende redenen:

— het is de praktijk van de meeste centra om bij aanwending van donor semen er rekening mee te houden dat enkel basiskensmerken van de donor (gestalte, haarkleur, kleur van de ogen, bloedgroep en rhesusfactor) overeenstemmen met die van de echtgenoot/vriend⁸¹, en het is wenselijk om zulks te behouden;

— het moet mogelijk zijn om achteraf, indien er problemen rijzen m.b.t. de gezondheid van het bij wege van K.I.D. verwekte kind, de oorsprong van zijn genetisch materiaal te achterhalen, dit o.m. met het oog op de voortplanting van het aldus verwekte kind zelf.

Niettemin moeten bij het opslaan en bewaren van deze gegevens voldoende waarborgen worden ingebouwd voor de bescherming van de anonimiteit en aldus van de privacy van de betrokken donoren.

57.ii. *Kennisneming door de ouders van gegevens m.b.t. de donor.* M.i. moet aan de ouders van het met behulp van K.I.D. te verwekken of verwekte kind, het recht ontzegd worden om kennis te nemen van:

- de medische gegevens m.b.t. de donor;
- de persoonsgegevens m.b.t. de donor;
- de identiteit van de donor.

Alleen moet aan de geneesheer de mogelijkheid gegeven worden om de ouders te verzekeren dat er een overeenstemming bestaat tussen de donor en de echtgenoot/vriend qua een aantal basiskensmerken (zie boven, nr. 56). Ook het meedelen van een gedetailleerd donorprofiel dat meer dan deze basiskensmerken bevat, moet afgewezen worden, o.m. omdat zulks uiteindelijk erop zou neerkomen dat de ouders een zekere keuze zouden kunnen uitoefenen m.b.t. de hoedanigheid van de donor, hetgeen zeker niet wenselijk is⁸². Elk prijsgeven van verdere gegevens omtrent de donor veroorzaakt slechts nodeloze emotionele en psychische moeilijkheden en andere complicaties⁸³, en zal uiteindelijk het doodvonnis betekenen voor de toepassing van de K.I.D.-techniek door de enorme terugloop van het aantal aspirant-donoren die er in zo'n geval te verwachten is.

58.iii. *Kennisneming door het kind* — *Van de wijze van verwekking.* Sommigen hebben voorgesteld het kind het recht te verlenen kennis te nemen van de wijze waarop het verwekt is, hetgeen bereikt zou kunnen worden hetzij via registratie van de verwekking bij wege van K.I.D. in de geboorteakte, hetzij via een afzonderlijke registratie. M.i. is dit een af te raden innovatie, en moet deze kwestie overgelaten worden aan de individuele opvatting van de ouders ter zake. Elke vorm van registratie zou een onduidelijke inmenging uitmaken in het privé-leven van de ouders. Overigens hebben de kinderen die via geslachtsgemeenschap met

een andere man (soms met instemming van de echtgenoot/vriend) verwekt worden — 7 à 8 % van de niet a priori «verdachte» gevallen⁸⁴ — evenmin «recht» op kennisneming van de wijze waarop ze verwekt zijn, en valt er niet in te zien waarom beide categorieën kinderen verschillend behandeld zouden moeten worden.

59. *Van gegevens m.b.t. de donor.* Wat de medische gegevens inzake de donor betreft, andere dan de basiskensmerken, zou het via K.I.D. verwekte kind het recht moeten worden toegekend om er kennis van te krijgen ingeval het daartoe wettig belang kan doen gelden, inzonderheid indien er zich ernstige gezondheidsproblemen voordoen. De effectivering van zo'n recht zal vanzelfsprekend veronderstellen dat de ouders hun kind op de hoogte hebben gebracht van de wijze van verwekking. Technisch kan gedacht worden aan het opslaan van basisinformatie omtrent alle donoren in een centraal register⁸⁵.

Inzake de persoonlijke gegevens van de donor en diens identiteit moet de anonimiteit t.a.v. het kind in principe gehandhaafd worden, om de boven (nrs. 51 en 55) uiteengezette redenen⁸⁶.

60.iv. *Kennisneming door de donor van gegevens m.b.t. het kind.* De donor van sperma dient in principe elke aanspraak ontzegd te worden op kennisneming van enig gegeven omtrent de kinderen die met aanwending van zijn semen verwekt zijn. Hij dient zelfs niet het recht te hebben om te weten of zijn sperma tot de verwekking van een kind heeft geleid, of hoeveel kinderen ermee verwekt zijn.

Aldus wordt ook elke eventuele aanspraak van de donor op omgangsrecht uitgesloten.

61.v. *Afwijkende regelingen mogelijk.* Dient er, in afwijking van de boven uiteengezette algemene regels inzake waarborg van de anonimiteit voor elkaar van enerzijds de donor en anderzijds het paar en het kind, ruimte gelaten te worden voor rechtstreekse overeenkomsten van schenking van semen tussen personen die elkaar kennen (bv. de broer die met het oog op K.I. zijn semen schenkt aan het paar van wie de echtgenoot onvruchtbaar is)?

Hoewel dergelijke praktijken niet moeten worden aangeemoedigd, is er m.i. geen reden om ze uitdrukkelijk te verbieden⁸⁷. Dit houdt dus in dat op gemeenschappelijk verzoek van het aspirant-paar en van de aspirant-donor, de geneesheer K.I. zou mogen toepassen waarbij hij ontslagen wordt van de plicht tot respecteren van de wederzijdse anonimiteit. Overigens is het duidelijk dat de betrokkenen, ingeval ze geconfronteerd worden met een weigering vanwege de bevoegde geneesheren, steeds zouden kunnen overgaan tot «zelf-inseminatie» (de zgn. bed-side inseminatie); het lijkt niet wenselijk de mensen daartoe aan te zetten.

62. Waar de wederzijdse anonimiteit van donor en K.I.D.-kind niet bestaat, kan men geconfronteerd worden met aanspraken op onderhoudstussenkomsten (waarvan de

⁸⁴ Zie hierover SENAËVE, *Het vaderschap van de echtgenoot*, 53, noot 2.

⁸⁵ Cf. Warnock-verslag, 27, nr. 4.26; in de opvatting van de Warnock-Commissie moet het kind evenwel vanaf 18 jaar automatisch het recht worden toegekend op toegang tot deze medische basisinformatie.

⁸⁶ In dezelfde zin ASSER-DE RUITER, *op. cit.*, deel I, 91, nr. 141

⁸⁷ Cf. Warnock-verslag, 25, nr. 4.22.

⁸⁰ ASSER-DE RUITER, *op. cit.*, deel I, 91, nr. 141.

⁸¹ Zie bv. STEENO, *art. cit.*, 10.

⁸² In dezelfde zin Warnock-verslag, 24, nr. 4.19-4.21.

⁸³ Cf. Warnock-verslag, 15, nr. 3.2.

kans op succes *de lege lata* uitgesloten moet worden geacht, zelfs als het kind geen juridische vader heeft; zie boven, nr. 16), en op omgangsrecht⁸⁸ (waarvan de kans op succes *de lege lata* onzeker is).

63. Er zij opgemerkt dat deze problematiek acuter is bij toepassing van eiceldonatie en embryodonatie, omdat daar de benevolente donors vrij zeldzaam zijn aangezien de wegname van een eikel (door laparoscopie) of van het embryo (door flushing of lavage) een medisch ingrijpen veronderstelt⁸⁹. Aldus zal het aspirant-paar praktisch soms genoodzaakt zijn om zelf een vrouwelijke donor te vinden.

5. Niet-vergoedbaarheid van de afstand van genetisch materiaal

64. De sanctie uit het verbintenissenrecht van de nietigheid van elke overeenkomst tot afstand van genetisch materiaal tegen betaling (zie boven nr. 11), is niet voldoende om de praktijk van het vergoeden van spermagiften tegen te gaan. Het is daartoe nodig uitdrukkelijk in de basisregeling de niet-vergoedbaarheid van de afstand van sperma voorop te stellen⁸⁹, en de naleving van dit principe met strafsancities te waarborgen. Zulks is de uitdrukking van een moreel principe dat althans in alle landen van de Raad van Europa vooropstaat⁹¹.

65. Het voorgaande sluit nochtans niet uit dat aan de spermadonor een vergoeding uitgekeerd wordt voor de kosten die hij dient te maken ter gelegenheid van de spermadonatie, inzonderheid de verplaatsingskosten en in voorkomend geval de vergoeding voor het verlies van arbeidsinkomsten⁹². Omdat een onderscheid tussen een eigenlijke vergoeding voor het afstaan van sperma en een kostenvergoeding in de praktijk niet zo duidelijk te maken is, en om een uniforme werkwijze in alle instellingen te bewerken, is het aangewezen daartoe een forfaitaire vergoeding in te stellen waarvan het bedrag bij uitvoeringsbesluit bepaald zou worden⁹³.

6. Categorieën rechthebbenden op aanwending van de medisch-genetische technieken

66. Ten slotte moet de vraag worden behandeld of er beperkingen dienen te worden aangebracht aan de categorieën van personen die aanspraak kunnen maken op toepassing van K.I.(D.) (of andere medisch-genetische technieken). Het gaat hier meer bepaald om de vraag of naast de

gehuwde vrouw ook de niet-gehuwde vrouw aanspraak kan maken om geïnsemineerd te worden met donorsperma en, zoja, welke voorwaarden daaraan eventueel verbonden moeten worden. De volgende situaties kunnen hierbij onderscheiden worden:

- de weduwe (die geïnsemineerd wenst te worden met semen van haar vooroverleden echtgenoot);
- de gehuwde vrouw die in overspelig concubinaat leeft;
- de ongehuwde lesbische vrouw die in homoseksueel concubinaat leeft of die alleen leeft;
- de bewust ongehuwde moeder (B.O.M.)

67. Deze problematiek hangt samen met de principiële vraag of de burger een fundamenteel recht kan doen gelden op terbeschikkingstelling van de nieuwe medisch-genetische technieken. Sommigen doen een beroep op art. 8 (recht op bescherming van het gezinsleven), art. 12 (recht om een gezin te stichten) en art. 14 E.V.R.M. (non-discriminatiebeginsel) om het recht voorop te stellen van elke burger om zijn voordeel te doen met de nieuwe medisch-genetische technieken die beschikbaar zijn om de onvruchtbaarheid op te heffen⁹⁴. M.i. is het zeer de vraag of uit dergelijke algemene bepalingen een recht op procreatie d.m.v. medisch-genetische technieken afgeleid kan worden.

68. In het ontwerp van aanbeveling van de Raad van Europa wordt de toepassing van K.I.D. bij een niet-gehuwde vrouw niet uitgesloten⁹⁵. In de toelichting wordt de inseminatie van een niet-gehuwde vrouw zelfs uitdrukkelijk behandeld, waar er wordt gesteld dat het bepalen van eventuele voorwaarden daarvoor overgelaten wordt aan de nationale wetgeving⁹⁶. Er wordt in het ontwerp wel bepaald: «L'insémination artificielle ne peut être pratiquée, que lorsqu'il existe des conditions appropriées pour assurer le bien-être du futur enfant»⁹⁷.

In het Warnock-verslag wordt uitdrukkelijk gesteld dat de commissie niet wenst aan te bevelen dat de toepassing van de nieuwe medisch-genetische technieken beperkt zou worden tot gehuwde paren⁹⁸. Aan de andere kant brengt de commissie wel als haar opvatting naar voren dat, als een algemene regel, het beter is voor een kind geboren te worden in een twee-oudergezin met zowel een vader als een moeder, dan in een andere situatie⁹⁹. Het besluit van de commissie is dat het niet mogelijk is ter zake vaste regels vast te stellen.

In het ontwerp-Lagasse wordt de kwestie van de personen die in aanmerking komen voor K.I., niet uitdrukkelijk geregeld; wel komt er een bepaling in voor omtrent de gevolgen van K.I. (met donorsemen of met eigen semen) van de ongehuwde vrouw die samenleeft met een man die daartoe zijn toestemming geeft (zie boven, nr. 24)¹⁰⁰, hetgeen impliceert dat de toepassing van de K.I.(D.) in zo'n geval

⁸⁸ Voor een geval, in de U.S.A., waar aan de donor omgangsrecht werd toegekend t.a.v. een kind verwekt na zelf-inseminatie: zie *Juvenile and Domestic Relations Court Cumberland County, New Jersey*, 19 juli 1977, 377 A.2d, 821.

⁸⁹ Cf. Warnock-verslag, 37, nr. 6.7. Volgens de dienst van de V.U.B. die deze techniek reeds toepast, zijn er tot nog toe geen problemen gerezen om ook in dit geval de volstrekte anonimiteit te waarborgen.

⁹⁰ Cf. voorstel-Lagasse, art. 6, 1e lid.

⁹¹ Zie ontwerp-aanbeveling R.v. Europa, Doc. C M (82)83, art. 6, 1e lid; ontwerp-resolutie Parl. Verg. R. v. Europa, Doc. 4776, art. IV, ii.

⁹² Cf. voorstel-Lagasse, art. 6, tweede lid; ontwerp-aanbeveling R. v. Europa, Doc. C M (82)83, art. 6, eerste lid; ontwerp-resolutie Parl. Verg. R. v. Europa, Doc. 4776, art. IV, ii.

⁹³ Cf. voorstel-Lagasse, art. 6, 2e en 3e lid.

⁹⁴ Zie hierover Warnock-verslag, 10, nr. 2.7; vgl. LEENEN, *op. cit.*, 76.

⁹⁵ Zie bv. Doc. C M (82)83, art 3, 2e lid.

⁹⁶ Doc. C M (82)83, *Projet d'exposé des motifs*, nr. 10.

⁹⁷ Doc. C M (82)83, art. 2, 1e lid.

⁹⁸ Warnock-verslag, 10, nr. 2.5.

⁹⁹ *Ibid.*, 11-12, nr. 2.11.

¹⁰⁰ Voorstel-Lagasse, art. 14.

toelaatbaar wordt geacht. In bepaalde amendementen werd daarentegen de K.I.D. van een ongehuwde vrouw uitdrukkelijk toelaatbaar verklaard, volgens sommigen alleen in geval van duurzaam concubinaat¹⁰¹, waarmee de K.I.D. van alleenstaande of in een lesbische verhouding levende vrouwen worden uitgesloten, volgens anderen zonder bijzondere beperkingen¹⁰².

69. Een van de belangrijkste redenen om K.I.(D.) zonder meer niet toe te passen buiten het huwelijk, ligt in het feit dat het kind dat aldus geboren zal worden, het inferieur statuut zal hebben van onwettig kind¹⁰³. Naarmate evenwel, zowel in de komende wetgeving, als in de rechtspraak onder invloed van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, het onderscheid in rechtspositie tussen wettige en onwettige kinderen ongedaan gemaakt wordt, en dit gezien de gewijzigde maatschappelijke opvattingen ter zake, verliest dit argument aan kracht¹⁰⁴.

Een andere reden is dat men terecht wenst dat aan het te verwekken kind de optimale kansen gegeven worden om op

te groeien in een psychologisch, sociaal en medisch gunstig klimaat. Maar het is evident dat de juridische status van de ouders als dusdanig daarvoor geen waarborgen verschaft¹⁰⁵.

70. Mij lijkt het dan ook verstandig om in de basisregeling de toepassing van de K.I.D. niet uitsluitend toe te staan aan gehuwde paren en om de aanwending ervan bij niet-gehuwde vrouwen niet uitdrukkelijk te verbieden. Deze kwestie wordt het best overgelaten aan het inzicht van de behandelende geneesheer, die als criterium voor het al of niet toepassen van de techniek het belang van het te verwekken kind voor ogen zal moeten houden, m.a.w. de kansen zal moeten afwegen dat het kind aan wiens verwekking hij meewerkt, zal opgroeien in omstandigheden die gunstig zijn voor zijn psychisch-sociale ontwikkeling; in geval van weigering door de behandelende geneesheer, zou op hem wel de verplichting gelegd moeten worden om de betrokkene door te verwijzen naar een instelling waarvan verwacht kan worden dat ze de vraag gunstiger gezind zal zijn¹⁰⁶.

Dr. Patrick Senaev

¹⁰¹ *Conseil de la Communauté française*, 1984-85, nr. 65.6, amendement-Petitjean van 31 oktober 1984.

¹⁰² *Conseil de la Communauté française*, 1982-83, nr. 65-2, amendement-Deleuze van 8 december 1982, en 1984-85, nr. 65-4, amendement-Paque van 19 oktober 1984.

¹⁰³ Cf. GULDIX, *art. cit.*, nrs. 29 en 51.

¹⁰⁴ Cf. HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, *art. cit.*, 227.

¹⁰⁵ Cf. GULDIX, *art. cit.*, nr. 53.

¹⁰⁶ Cf., *mutatis mutandis*, Décret relatif à l'éducation sanitaire et à l'information de la jeunesse ainsi qu'à l'aide et à l'assistance aux familles, dans les domaines relatifs à la contraception et à la parenté responsable (Communauté française), 10 juli 1984, *Staatsblad*, 22 augustus 1984, 11.794, art. 3, tweede lid.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 11 JANUARI 1985

Voorzitter: de h. Janssens

Raadsheer-rapporteur: de h. Soetaert

Advocaat-generaal: de h. Declercq

Advocaten: mrs. Bayart en Bützler

Scheiding en deling — Veiling — Gevoeglijke verdeling in natura.

De voorschriften van art. 832 B.W. betreffende samenstelling van de kavels, verzachten de regel van de volstreckte gelijkheid onder de deelgenoten en houden tevens uiteraard richtlijnen in voor de rechter die, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, moet oordelen of de betrokken onroerende goederen gevoeglijk kunnen worden verdeeld. De tekst van de wet geeft met de woorden «zoveel mogelijk» en «zo mogelijk» te kennen dat de rechter ter zake vrij in feite oordeelt.

V. t/ V. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 2 december 1983 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 832 van het Burgerlijk Wetboek en 780 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het arrest beslist dat ten deze de tussen partijen te verdelen hoeve niet vatbaar was voor verdeling in natura, op grond dat de drie door de deskundige uitgewerkte voorstellen verworpen dienen te worden om de feitelijke redenen van de eerste rechter, die door de conclusies van eiser niet ontzenuwd werden,

terwijl, eerste onderdeel, de eerste rechter, om de eerste twee voorstellen van de deskundige te verwerpen, had laten gelden dat er zeker moeilijkheden zouden komen als de verschillende eigenaars de afzonderlijke loten zelf zouden gebruiken, daar de enige uitweg voor de loten I, IV en V tussen de hoevegebouwen en de koer liep, waarop eiser echter in zijn verzoekschrift houdende hoger beroep had geantwoord door te doen gelden dat de moeilijkheden slechts zouden ontstaan indien de uitweg niet afdoende beschreven en juridisch vastgelegd werd, welke beschouwing van eiser niet beschouwd kan worden als zijnde op haar beurt beantwoord door de enkele verklaring van het arrest dat de conclusies van eiser de motieven van de eerste rechter niet ontzenuwden, waaruit volgt dat het arrest niet naar behoren gemotiveerd is zoals vereist wordt door de artikelen 97 van de Grondwet en 780 van het Gerechtelijk Wetboek;

tweede onderdeel, in de veronderstelling dat het arrest, door de «feitelijke redenen» van de eerste rechter aan te nemen, ook de reden heeft bedoeld op grond waarvan de eerste rechter het derde voorstel van de deskundige heeft verworpen, namelijk dat dit voorstel misschien in overeenstemming was met de beginselen van artikel 832 van het Burgerlijk Wetboek, in zoverre dit de versnippering en de splitsing van bedrijven tegengaat, maar niet meer met hetzelfde artikel, dat daarnaast bepaalt dat ernaar dient te worden gestreefd in elke kavel een gelijke hoeveelheid onroerende goederen op te nemen, en dat in het derde voorstel van de deskundige het eerste lot meer dan 50 % van de waarde en van de totale oppervlakte van het onroerend goed uitmaakte, het arrest artikel 832 van het Burgerlijk Wetboek schendt door een beschouwing van de eerste rechter over te nemen die een verkeerde toepassing inhoudt van dat artikel, dat voorschrijft dat men het verbrokkelen van de erven en het splitsen van de bedrijven «zoveel mogelijk» moet vermijden, doch slechts voorschrijft dat elke kavel dezelfde hoeveelheid onroerende goederen «zo mogelijk» zou bevatten, en aldus aan het beginsel van niet verbrokkeling en splitsing de voorrang verleent ten aanzien van het beginsel van gelijkaardige vorming van de kavels, welke voorrang de eerste rechter nagelaten heeft in acht te nemen:

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat de eerste rechter twee voorstellen van de deskundige verworpt met de volgende consideransen: «Zolang er goede verstandhouding heerst tussen familieleden en later tussen niet aanverwante medeëigenaars, zolang de goederen door een en dezelfde pachter worden geëxploiteerd, geeft het voorstel geen aanleiding tot moeilijkheden. Moeilijkheden komen er vast en zeker wanneer verschillende eigenaars de afzonderlijke loten zelf zullen willen gebruiken, want de enige uitweg voor de loten I, IV, V loopt tussen de hoevegebouwen en de koer»;

Overwegende dat de eerste rechter aldus te kennen geeft dat de uitweg noodzakelijk op een niet geschikte plaats zou komen te liggen;

Dat het arrest dan ook door eenvoudige overneming van de redenen van de eerste rechter, antwoordt op de aanvordering van eiser in zijn verzoekschrift tot hoger beroep, volgens welke «de moeilijkheden eerst zullen ontstaan, wanneer de zaak der uitweg niet afdoende beschreven werd, en juridisch vastgelegd werd»;

Dat het onderdeel feitelijke grondslag mist;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest, door overneming van de consideransen van de eerste rechter, betreffende het derde voorstel van de deskundige, expliciet noch impliciet oordeelt over enige voorrang van het ene voorschrift van artikel 832 van het Burgerlijk Wetboek boven het andere, maar beide voorschriften in acht neemt en in feite oordeelt dat, gelet op het grote verschil tussen de waarde van een kavel, die gebouwen en grond omvat, en de andere kavels, die alleen grond omvatten, de betrokken onroerende goederen niet gevoeglijk verdeeld kunnen worden;

Overwegende dat de voorschriften van artikel 832 van het Burgerlijk Wetboek de samenstelling van de kavels betreffen, de regel van de volstreekte gelijkheid onder de deelgenoten verzachten en tevens uiteraard richtlijnen inhouden

voor de rechter die, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, moet oordelen over de vraag of de betrokken onroerende goederen gevoeglijk kunnen worden verdeeld, dat de tekst van de wet, met de woorden «zoveel mogelijk» en «zo mogelijk» te kennen geeft dat de rechter ter zake vrij in feite oordeelt;

Overwegende dat de rechter die beslist dat de goederen niet gevoeglijk verdeeld kunnen worden op grond dat het behoud van de eenheid van een erf zou leiden tot het samenstellen van kavels die te zeer in waarde verschillen, zijn beslissing wettelijk verantwoordt;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

Noot—Over de gevoeglijke verdeling in natura en artikel 832 B.W.

A. De feiten

1. De deelgenoten waren sinds het overlijden van hun ouders in onverdeelde met betrekking tot een hoeve. Daar zij niet overeenkwamen over een verdeling in natura werden door een deskundige verschillende voorstellen uitgewerkt. Een van die voorstellen liet het erf in één kavel vallen, een ander liet de uitweg voor bepaalde kavels dwars door het erf lopen. De rechters in eerste aanleg en in hoger beroep besloten tot de onmogelijkheid van verdeling in natura.

B. Gevoeglijke verdeling in natura — Algemeen

2. Twee zeer fundamentele regels beheersen in ons recht de erfelijke onverdeeldeheden. Een eerste, neergelegd in artikel 815 B.W., bepaalt dat de verdeling steeds, te allen tijde, kan worden gevorderd.

Een tweede bepaalt dat moet worden getracht in natura te verdelen: pas als dit onmogelijk blijkt, kunnen de onverdeelde goederen geveild worden. Verdeling in natura is de regel, die veiling is de uitzondering. Het is slechts als de goederen niet gevoeglijk (artikel 827 B.W.) en niet zonder verlies (artikel 1686 B.W.) kunnen worden verdeeld, dat ze moeten geveild worden.

3. De wet laat nochtans zelf, in een aantal gevallen, die nominatim geregeld worden, de veiling toe.

Elke deelgenoot kan, krachtens artikel 826, tweede lid, B.W., als hij tot de schulden van de nalatenschap gehouden is, vóór elke verdeling, de verkoop van de onverdeelde, ter voldoening van de schulden en lasten, noodzakelijke goederen, vorderen. Van deze mogelijkheid kunnen de deelgenoten gebruik maken als het passief van de nalatenschap onvoldoende kan worden aangezuiverd door middel van het gereed geld, de bankrekeningen en de waarden aan toonder.

Artikel 796 B.W. schrijft de veiling voor van onverdeelde, aan bederf onderhevige goederen van een onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaarde nalatenschap.

4. Artikel 827 B.W. geeft anderzijds een algemene mogelijkheid aan elke deelgenoot om de veiling van de onverdeelde goederen te vorderen, namelijk als ze «niet gevoeglijk» in natura verdeeld kunnen worden. Artikel 1686 B.W. schijnt deze relatief strenge voorwaarde iets te verzachten door er aan toe te voegen: «en zonder verlies».

Onmogelijkheid tot gevoeglijke verdeling betekent zowel de materiële onmogelijkheid om te verdelen als alle andere

feitelijke omstandigheden die kunnen bijdragen om deze onmogelijkheid tot verdeling te appreciëren (Cass., 12 juni 1970, *R.W.*, 1970-71, 503, *T. Not.*, 1970, 14, *Pas.*, 1970, I, 906).

Of gevoeglijk en zonder verlies kan worden verdeeld, is een feitenkwestie die veelal aan de cassatiecontrole ontsnapt. De feitenrechter beschikt hier over een zeer ruime beoordelingsmogelijkheid (Cass., 6 juni 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1065; Brussel, 4 juni 1968, *Pas.*, 1968, II, 240). Deze regel wordt door het geannoteerde arrest nog bevestigd.

De beoordelingsvrijheid van de rechter is echter geen absolute vrijheid. Zij wordt door andere beginselen uit ons verdelingsrecht beperkt.

5. De onmogelijkheid tot gevoeglijke verdeling in natura kan het gevolg zijn van een te groot aantal deelgenoten, of van een te groot verschil in het quantum rechten van elke deelgenoot.

Als bijvoorbeeld breuken van 1/576 moeten worden gemaakt omdat één van de deelgenoten gerechtigd is voor 40/576 en de andere groep van acht deelgenoten elk voor 67/576 en er zijn slechts twee hoeven en één woonhuis te verdelen, dan zijn deze onverdeelde goederen niet gevoeglijk verdeelbaar in natura (Rb. Gent, 7 november 1961, *T. Not.*, 1962, 18). Als een nalatenschap bestaat uit drie onroerende goederen en een aantal roerende goederen en als één van de erfgenamen recht heeft op 1/8 van de onroerende goederen en 1/4 van de roerende goederen, dan kan vermoed worden dat het deel van deze erfgenaam veel minder zal zijn dan het minst waardevolle onroerend goed. Deze goederen zijn dan niet gevoeglijk in natura te verdelen (Brussel, 23 november 1977, *Rev. Not. B.*, 1978, 100).

Onmogelijkheid tot gevoeglijke verdeling kan ook het gevolg zijn van zeer zware hypothecaire inschrijvingen. De rechter kan dan beslissen tot de veiling van de goederen als er onvoldoende middelen zijn om de schulden af te lossen (Cass., 12 juni 1970, *gecit.*; kritische bespreking in Dillemans, R., Puelinckx-Coene, M. en Verstraete, J., «Overzicht van rechtspraak (1968-1977) — Erfenissen», *T.P.R.*, 1978, (67), 111).

6. De rechter kan zich bij het vormen van een oordeel over de eventuele mogelijkheid tot gevoeglijke verdeling in natura laten leiden door een deskundig onderzoek. Het rapport van de deskundige heeft voor de rechtbank slechts de waarde van een inlichting en kan opzij geschoven worden (Rens, J.L., *Bijzondere rechtsplegingen*, in *Handboek voor gerechtelijk recht*, Fettweis, A., Gutt, E., Krings, E., Le Paige, A. en Storme, M. (ed.), Antwerpen, S.W.U., 1979, nr. 163). Anderzijds is de rechter ook niet verplicht de goederen aan een deskundig onderzoek te onderwerpen (Antwerpen, 3 november 1981, *Turnh. Rechtsl.*, 1981, 11).

C. De betekenis van artikel 832 B.W.

7. Is besloten in natura te verdelen en niet te veilen, dan dienen de kavels te worden samengesteld. Bij de samenstelling van de kavels moet het beginsel van de gelijkheid van de kavels in acht worden genomen. De samen te stellen kavels moeten gelijk zijn in waarde en, zoveel mogelijk, gelijk in natura.

De gelijkheid in waarde (artikel 831 B.W.) is mede om technische redenen geboden: zij moet de lottrekking mogelijk maken (*R.P.D.B.*, tw. «Successions», nr. 1382).

8. Artikel 832 B.W. heeft het over de gelijkheid in natu-

ra: «Bij het vormen en samenstellen van de kavels moeten men het verbrokkelen van de erven en het splitsen van bedrijven zoveel mogelijk vermijden; en men dient, zo mogelijk, in elke kavel een gelijke hoeveelheid roerende, onroerende goederen, rechten of schuldvorderingen van gelijke aard en gelijke waarde op te nemen.»

Dit artikel is vanuit verschillende oogpunten belangwekkend. Het schijnt, veel meer dan een dwingende bepaling, een raadgeving te bevatten. Bovendien lijkt het wel twee tegenstrijdige raadgevingen te bevatten: het eerste lid adviseert het verbrokkelen der erven tegen te gaan terwijl het tweede als raad geeft in elke kavel de gelijkheid in natura na te streven, wat ipso facto de verbrokkeling der erven bevordert (Vranken, F., «Over de verdeling in natura, de verbrokkeling van de eigendommen en de wetgeving betreffende stedenbouw», *T. Not.*, 1958, (1), 10). De wetgever hecht dus veel meer belang aan de gelijkheid in waarde dan aan de gelijkheid in natura (Galopin, G., *Droit civil — Les successions*, Luik, 1911, nr. 301): artikel 831 is erg categoriek terwijl met artikel 832 B.W. een mogelijkheidsvoorwaarde gepaard gaat (*R.P.D.B.*, tw. «Successions», nr. 1388).

9. Het eerste lid van artikel 832 vraagt het verbrokkelen van de erven zo veel mogelijk te vermijden. Als zodanig geeft dit lid eigenlijk mede inhoud aan het begrip «gevoeglijke verdeling» uit de artikelen 827 en 1686 B.W. (Vranken, F., *art. cit.*, 4). Als de verdeling in natura aanleiding zou geven tot een te grote verbrokkeling van het erf, dan mag of kan ze niet doorgevoerd worden.

Er wordt geargumenterd dat artikel 832, eerste lid, niet louter een wens is vanwege de wetgever, maar veeleer een gebiedende bepaling waarvan men niet straffeloos mag afwijken (Vranken, F., *art. cit.*, 2).

De rechter beschikt over een zeer grote vrijheid om de verdeling in natura al of niet te bevelen. Het gebruik van deze vrijheid kan echter met behulp van artikel 832, eerste lid, B.W., worden geconditioneerd. Het geannoteerde arrest laat in dezelfde gedachtengang de feitenrechter de vrijheid te oordelen over de gevoeglijke verdeling na eerst vermeld te hebben dat het artikel richtlijnen inhoudt voor de rechter.

10. Artikel 832 schijnt echter meer dan richtlijnen te bevatten. De niet-naleving ervan kan immers met nietigheid van de verdeling gesanctioneerd worden (Brussel, 4 juli 1878, *Pas.*, 1878, II, 289; Rb. Gent, 13 februari 1889, *Pas.*, 1889, III, 309; De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, IX, Brussel, Bruylant, nr. 1458; Beltjens, G., *Encyclopédie du droit belge — Code civil annoté*, art. 832; Kluyskens, A., *De erfenissen*, nrs. 144 en 355).

Uit de bewoordingen zelf van artikel 832 B.W. kan echter al afgeleid worden dat deze nietigheid niet absoluut, maar relatief is. Ze kan dus door partijen bevestigd worden (Beltjens, G., *o.c.*, *l.c.*, nr. 2; Kluyskens, A., *o.c.*, nr. 355, *Pand. B.*, tw. «Partage de succession», nr. 804)). Ze kan niet worden ingeroepen door de deelgenoot wiens kavel regelmatig is samengesteld (Beltjens, *o.c.*, *l.c.*, nr. 5). Bovendien kunnen partijen er vrij van afwijken (Kluyskens, A., nr. 355). Daaruit afleiden dat de nietigheid van de verdeling wegens overtreding van artikel 832 louter theoretisch is, gelet op de grote beoordelingsvrijheid van de rechter, lijkt echter verder te gaan (De Page, H., *o.c.*, nr. 1458).

11. Een verdeling die aan artikel 832 B.W. niet voldoet,

zal ook veel gemakkelijker aanleiding kunnen geven tot de vernietiging wegens benadeling van meer dan een vierde (artikel 887 B.W.). Het al te zeer verbrekken van de erven kan immers de waarde van de onderscheiden, in elke kavel opgenomen goederen, aanzienlijk doen dalen. De benadeling is in dit geval dan ook helemaal niet ondenkbaar (Vranken, F., *art. cit.*, 12).

12. Terwijl artikel 832 richtlijnen inhoudt voor de rechter bij het nagaan of de onverdeelde goederen al dan niet gevoeglijk verdeelbaar zijn, geeft het mede inhoud aan de artikelen 827 en 1686 B.W. Niet-naleving van deze richtlijnen kan aanleiding geven tot vernietiging van de verdeling.

Th. Van Sinay

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 21 JANUARI 1985

Eerste voorzitter: de h. Châtel

Raadsheer-rapporteur: de h. Rauws

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. Bützler en Simont

Kinderbijslag — Werknemers — Minder-valide kind — Behoud van bijslag tot 25 jaar — Voorwaarde.

De bepalingen van art. 63, eerste lid, 1°, en tweede lid, Gec. W., gewijzigd bij W. 28 maart 1975 en K.B. nr. 7 van 18 april 1967, maken het recht op kinderbijslag voor het minder-valide kind niet afhankelijk van de voorwaarde dat de hoedanigheid van rechtgevend kind ononderbroken heeft bestaan tot op de dag vanaf welke bijslag wordt gevraagd.

H. t/ Rijksdienst voor Kinderbijslag voor Werknemers

Gelet op het bestreden arrest, op 8 september 1983 door het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 62, §§ 1 en 1bis, en 63, eerste lid, 1°, en derde lid, van de wetten betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders, gecoördineerd door het koninklijk besluit van 19 december 1939, gewijzigd, wat artikel 62, § 1, betreft, door het koninklijk besluit nr. 7 van 18 april 1967, wat artikel 62, § 1bis, betreft, door de wet van 4 juli 1969, wat artikel 63, eerste lid, betreft, door de wet van 28 maart 1975, en wat artikel 63, derde lid, betreft, door het koninklijk besluit nr. 7 van 18 april 1967, en, voor zover nodig, van artikel 47 van de gecoördineerde wetten betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders, gewijzigd door het koninklijk besluit nr. 7 van 18 april 1967,

doordat het arbeidshof, na te hebben vastgesteld dat de dochter van eiseres sedert haar geboorte een ontoereikendheid of vermindering van haar lichamelijke of geestelijke geschiktheid vertoonde van minstens 66 %, dat op 25 december 1975 deze ongeschiktheid op 30 % werd bepaald en bij beslissing van 29 augustus 1980 de ongeschiktheid op 70 % werd gebracht vanaf 6 februari 1976, op 30 % vanaf 1 augustus 1977 en opnieuw op 70 % vanaf 13 november 1978, met herziening op 31 augustus 1984, oordeelt:

«Krachtens artikel 63 van de gecoördineerde wetten betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders blijft de kinderbijslag ten goede komen aan het rechtgevend kind tot de leeftijd van 25 jaar, indien het ten minste 66 % arbeidsongeschikt is; de bij dit artikel bedoelde ongeschiktheid moet een aanvang hebben genomen, vooraleer het kind wegens het bereiken van de bij deze wetten bepaalde leeftijdsgrens heeft opgehouden rechtgevend te zijn op kinderbijslag; in casu dient te worden vastgesteld dat de dochter van (eiseres) op 1 augustus 1977 opgehouden had rechtgevend te zijn, omdat zij niet alleen werkzaam was in een conservenfabriek gedurende een viertal maanden maar daarenboven gedurende een jaar werkloosheidsuitkeringen had ontvangen; krachtens artikel 63 was de dochter van (eiseres) bijgevolg tevens niet meer rechtgevend vanaf 12 november 1978 op kinderbijslag en kon zij ook geen aanspraak maken op de bijkomende bijslag voor minder-valide (artikel 47 van de gecoördineerde wetten betreffende de kinderbijslag aan loonarbeiders) daar deze bijslag het lot moet volgen van de kinderbijslag», en beslist: «de dochter van (eiseres) kan ook geen beroep doen op (een ministeriële) omzendbrief om de kinderbijslag en de bijkomende bijslag voor minder-valide verder te blijven genieten», het hoger beroep gegrond verklaart, het beroepen vonnis vernietigt en voor recht verklaart dat eiseres geen aanspraak meer kan maken op kinderbijslag en bijkomende kinderbijslag voor haar minder-valide dochter vanaf 13 november 1978,

terwijl artikel 62, § 1, van de gecoördineerde wetten betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders, gewijzigd door het koninklijk besluit nr. 7 van 18 april 1967, bepaalt: «De kinderbijslag wordt verleend totdat het kind de leeftijd van veertien jaar bereikt of de leeftijd waarop de leerplicht eindigt, indien het kind voordien veertien jaar wordt»; artikel 62, § 1bis, eerste lid, van dezelfde wetten, ingevoegd bij de wet van 4 juli 1969, bepaalt: «De kinderbijslag wordt verleend tot zestien jaar ten behoeve van het kind dat geen andere winstgevende bedrijvigheid uitoefent dan die bepaald ter uitvoering van § 4, tweede lid, en dat bovendien geen sociale uitkering wegens arbeidsongeschiktheid of onvrijwillige werkloosheid geniet»; artikel 63, eerste lid, 1°, van dezelfde wetten, gewijzigd door de wet van 28 maart 1975, bepaalt: «De kinderbijslag blijft ten goede komen aan het rechtgevend kind (...) tot de leeftijd van vijftien jaar, indien het ten minste 66 pct. arbeidsongeschikt is», terwijl het derde lid van dezelfde bepaling, gewijzigd door het koninklijk besluit nr. 7 van 18 april 1967, bepaalt: «De bij dit artikel bedoelde arbeidsongeschiktheid moet een aanvang hebben genomen, vooraleer het kind wegens het bereiken van de bij deze wetten bepaalde leeftijdsgrens, heeft opgehouden rechtgevend op kinderbijslag te zijn»; laatstbedoelde bepaling bijgevolg vereist dat de arbeidsongeschiktheid een aanvang moet hebben genomen tijdens een bepaalde periode, doch niet dat deze arbeidsongeschiktheid ononderbroken voortduurt tot het ogenblik waarop de kinderbijslag aangevraagd wordt; artikel 47 van dezelfde wetten, gewijzigd door het koninklijk besluit nr. 7 van 18 april 1967, voor ieder minder-valide kind beneden de leeftijd van 25 jaar een bijkomende bijslag bepaalt; het arbeidshof ten deze vaststelt dat de dochter van eiseres op 18 augustus 1982 meerderjarig is geworden, aldus impliciet aangevend dat zij op 18 augustus 1961 geboren werd, en dat de dochter van eiseres op 1 augustus 1977 opgehouden

had rechtgevend op kinderbijslag te zijn; het arbeidshof, na de vermelde leden van artikel 63 van de gecoördineerde wetten betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders in herinnering te hebben gebracht, beslist dat de dochter van eiseres bijgevolg krachtens artikel 63 van de gecoördineerde wetten tevens niet meer rechtgevende was vanaf 12 november 1978, op de enkele grond dat zij op 1 augustus 1977 opgehouden had rechtgevend te zijn op kinderbijslag, omdat zij was beginnen te werken in een conservenfabriek en daarna gedurende ongeveer één jaar werkloosheidsuitkeringen had genoten; het arbeidshof derhalve, door voormelde beslissing in het ongewisse laat of de dochter van eiseres vanaf 12 november 1978 (eigenlijk wordt bedoeld 13 november 1978) opgehouden had rechtgevende op kinderbijslag en bijkomende kinderbijslag te zijn omdat de ongeschiktheid die ten grondslag lag aan de gevraagde toepassing van artikel 63, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders, geen aanvang had genomen vooraleer het kind opgehouden had rechtgevende op kinderbijslag te zijn ingevolge het bereiken van de bij die gecoördineerde wetten bepaalde leeftijdsgrens, dan wel omdat, ondanks het feit dat deze ongeschiktheid een aanvang had genomen vooraleer het kind wegens het bereiken van de leeftijd opgehouden had rechtgevende op kinderbijslag te zijn, het recht op kinderbijslag toch vervallen was wegens de tijdelijke en op 1 augustus 1977 aangevatte tewerkstelling en de erop volgende periode van werkloosheidsuitkeringen; het arrest aldus met dubbelzinnige redenen is omkleed (schending van artikel 97 van de Grondwet), welke redenen bovendien onwettig zijn, nu enerzijds uit de vaststellingen van het arbeidshof zelf blijkt dat de dochter van eiseres vanaf haar geboorte meer dan 66 % arbeidsongeschikt was, en deze ongeschiktheidsgraad herwonnen werd vanaf 13 november 1978, en anderzijds het recht op kinderbijslag en bijkomende kinderbijslag vanaf 13 november 1978 niet onderworpen was aan een voorwaarde van gebrek aan of korte tewerkstelling, maar integendeel slechts onderworpen was aan de voorwaarden dat de dochter van eiseres meer dan 66 % arbeidsongeschikt was en dat deze ongeschiktheid een aanvang had genomen vooraleer het kind wegens het bereiken van de leeftijd van veertien of zestien jaar in beginsel opgehouden had rechtgevende op kinderbijslag en bijkomende kinderbijslag te zijn (schending van de in het middel aangewezen wetsbepalingen, met uitzondering van artikel 97 van de Grondwet):

Overwegende dat het arrest vaststelt dat het rechtgevende kind, Martina D., dat op 18 augustus 1982 meerderjarig werd, vanaf zijn geboorte tot 24 december 1975 ononderbroken een vermindering van zijn lichamelijke of geestelijke geschiktheid vertoonde van ten minste 66 %, dat tussen 25 december 1975 en 12 november 1978 periodes van 70 en 30 % elkaar opvolgden, maar dat de ongeschiktheid vanaf 13 november 1978 70 % bedroeg;

Overwegende dat de ten deze toepasselijke bepalingen van het eerste lid, 1°, en het tweede lid van artikel 63 van de gecoördineerde wetten betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders, respectievelijk gewijzigd bij de wet van 28 maart 1975 en bij het koninklijk besluit nr. 7 en 18 april 1967, inhouden dat rechtgevende kinderen die ten minste 66 % arbeidsongeschikt zijn, recht op kinderbijslag blijven geven tot de leeftijd van 25 jaar, op voorwaarde dat die

ongeschiktheid een aanvang heeft genomen vooraleer het kind, wegens het bereiken van de bij de gecoördineerde wetten bepaalde leeftijdsgrens, opgehouden heeft rechtgevend op kinderbijslag te zijn; dat artikel 62, § 1, van de gecoördineerde wetten, gewijzigd bij koninklijk besluit nr. 7 van 18 april 1967, onder meer bepaalt dat kinderbijslag wordt verleend totdat het kind de leeftijd van veertien jaar bereikt;

Overwegende dat uit de vaststellingen van het arrest blijkt dat Martina D. de vereiste graad van arbeidsongeschiktheid bezat vóór 18 augustus 1975, dit is vooraleer zij de leeftijd van veertien jaar had bereikt;

Overwegende dat het arrest eiseres de kinderbijslag en de bijkomende bijslag ontzegt vanaf 13 november 1978, omdat Martina D. de hoedanigheid van rechtgevend kind tussen 1 augustus 1977 en 12 november 1978 niet zou hebben bezeten, nu zij in die periode een viertal maanden had gewerkt en gedurende een jaar werkloosheidsuitkeringen had ontvangen;

Overwegende evenwel dat voormeld artikel 63 van de gecoördineerde wetten het recht op kinderbijslag niet afhankelijk maakt van de voorwaarde dat de hoedanigheid van rechtgevend kind ononderbroken heeft bestaan tot op de datum vanaf welke bijslag wordt gevraagd;

Dat het arrest op dat punt derhalve zijn beslissing niet naar recht verantwoordt, nu het aan de wettelijk gestelde voorwaarden een voorwaarde toevoegt;

Overwegende dat uit het vorenstaande volgt dat ook de beslissing die eiseres de in artikel 47 van de gecoördineerde wetten bepaalde bijkomende bijslag ontzegt, niet wettelijk is verantwoord, nu die beslissing enkel steunt op de overweging dat die bijslag het lot van de kinderbijslag moet volgen;

Dat het middel in zoverre gegrond is;

(...)

NOOT—*Het recht op kinderbijslag, na de leeftijdsgrens, voor het minder-valide kind en de onderbreking van de ongeschiktheid*

1. De oorspronkelijke wet van 4 augustus 1930 houden de veralgemening van de gezinsvergoedingen voorzag in kinderbijslag voor «kinderen die wegens lichamelijk of geestesgebrek niet in staat zijn een ambacht uit te oefenen (...) zonder dat rekening dient gehouden met eene ouderdomsgrens» (art. 19, laatste lid). De toenmalige leeftijdsgrenzen waren enerzijds die waarop de schoolplicht een einde nam (met verzekerde uitbetaling van de bijslag tot de leeftijd van 14 jaar) en anderzijds de leeftijd van 18 jaar voor studerende en jongeren met leercontract.

Het koninklijk besluit van 30 maart 1936 behield voor «de begunstigde kinderen (...) na de ouderdomsgrens» kinderbijslag «wanneer zij wegens hun lichaams- of geestesgesteldheid ongeschikt blijken om enig beroep, dat van dienstbode inbegrepen, uit te oefenen». Het voordeel bleef «voor onbepaalde duur behouden, zolang als de (...) voorwaarden zijn vervuld». Artikel 33 van de wet van 27 maart 1951 bepaalde in het eerste lid dat «de gerechtigde kinderen de kinderbijslag (blijven) genieten na de leeftijdsgrens» wanneer zij aan dezelfde ongeschiktheidsvoorwaarde voldeden, en in het derde lid dat «de kinderbijslag voor onbepaalde duur (wordt) behouden zolang de (...) voorwaarden

zijn vervuld». Deze wet voerde ook de leeftijdsgrens van 21 jaar in voor het jonge meisje-huishoudster, terwijl een wet van 9 maart 1964, voor studenten, de leeftijdsgrens op 25 jaar bracht.

De wet van 15 april 1965 bracht, wat het recht op kinderbijslag wegens ongeschiktheid betreft, geen wezenlijke veranderingen aan in de vorige bepalingen: «Het genot van de kinderbijslag (wordt) voor onbepaalde duur behouden, zolang de voorwaarde van de ongeschiktheid wordt vervuld.»

De koninklijke besluiten nr. 7 van 18 april 1967 en nr. 68 van 10 november 1967 wijzigden de bestaande tekst volledig. Bepaald werd dat «de kinderbijslag ten goede blijft komen aan het rechtgevend kind» in drie gevallen:

— bij het bereiken van de leeftijdsgrens «indien het wegens zijn lichaams- of geestesgesteldheid volledig ongeschikt blijkt om enig beroep uit te oefenen»,

— bij het bereiken van de leeftijdsgrens maar wanneer het minder dan 25 jaar is en «indien het ten minste 66 % arbeidsongeschikt is»,

— bij het bereiken van de leeftijd van 25 jaar «indien het ten minste 66 % arbeidsongeschikt is en tewerkgesteld wordt door een beschutte werkplaats».

Deze ongeschiktheden moeten «een aanvang hebben genomen, vooraleer het kind wegens het bereiken van de bij deze wetten bepaalde leeftijdsgrens, heeft opgehouden rechtgevend op kinderbijslag te zijn».

Bij wet van 28 maart 1975 worden bovenbedoelde gevallen licht gewijzigd en uitgebreid: indien de arbeidsongeschiktheid 66 % bedraagt blijft de kinderbijslag ten goede komen aan het rechtgevend kind tot 25 jaar; in vijf andere gevallen is er geen leeftijdsbeperking. Het vereiste dat de ongeschiktheid een aanvang moest hebben genomen vóór het bereiken van de wettelijke leeftijdsgrenzen blijft behouden.

Het koninklijk besluit nr. 207 van 13 september 1983 breidt de vijf gevallen zonder leeftijdsbeperking uit tot zeven. Belangrijk is dat, wat de ongeschiktheid betreft, er thans aan wordt toegevoegd: «Bovendien moet deze ongeschiktheid zonder onderbreking blijven bestaan en wordt geen rekening gehouden met enige verhoging van deze ongeschiktheid na de leeftijdsgrens bedoeld in artikel 62.»

De kinderbijslagwetgeving stoelt op het principe dat kinderbijslag principieel verschuldigd is op grond van de leeftijd. Bij het bereiken van een van de in de wet vastgestelde leeftijdsgrenzen, al naar gelang van het geval, vervalt het recht. Uit het hiervoren gegeven overzicht blijkt dat er na de leeftijdsgrens nog recht op kinderbijslag kan zijn op grond van de arbeidsongeschiktheid van het kind.

2. Het koninklijk besluit van 30 maart 1936 bepaalde dat de kinderbijslag die na de leeftijdsgrens werd toegekend wegens arbeidsongeschiktheid, behouden bleef «zolang (...) de voorwaarden zijn vervuld». Noch de bepalingen van de wet van 27 maart 1951 noch die van de wet van 15 april 1965 brachten daarin een wijziging. Tot 31 december 1967 bleef de kinderbijslag verschuldigd «zolang» de ongeschiktheidsvoorwaarde was vervuld.

Op grond van die bepalingen vereiste de administratieve jurisprudentie dat de ongeschiktheid «ononderbroken» moest zijn. Werd niet meer voldaan aan de ongeschiktheidsvoorwaarde, dan verviel het recht op kinderbijslag en kon het later niet meer opnieuw ontstaan.

De Commissie van Advies in betwiste Zaken (KC.

132/5568, notulen van 1 augustus 1957) oordeelde dat de «ongeschiktheid ononderbroken (moet) zijn». Zij vond dat, wanneer «de ongeschikte gedurende een bepaalde periode feitelijk heeft gearbeid» — met verlies van de kinderbijslag — en de kinderbijslag opnieuw werd aangevraagd op grond van ongeschiktheid, moest worden nagegaan «of de ongeschiktheid, zonder onderbreking aangehouden heeft sedert het overschrijden van de leeftijdsgrens». De commissie aanvaardde aldus dat een tewerkstelling niet noodzakelijk een einde maakt aan de ongeschiktheid. In de omzendbrief C.O. nr. 521 van 24 februari 1958, waarbij voormeld advies aan de kinderbijslagkassen werd meegedeeld, wordt gezegd dat, wanneer het arbeidsongeschikte kind later enige activiteit uitoefent, de betaling van de kinderbijslag moet worden «onderbroken».

In hetzelfde advies stelde de commissie dat, «om te vermijden dat men het ononderbroken karakter van de ongeschiktheid in alle gevallen zou betwisten, zelfs wanneer de uitoefening van een loontrekkende of zelfstandige bedrijvigheid maar een poging tot werken was die niet blijft voortduren en waarvan de mislukking na een min of meer korte tijdsspanne de voorheen gedane vaststellingen eerder bevestigt dan tegenspreekt», een nieuwe vaststelling van de ongeschiktheid slechts moet worden gedaan «wanneer deze bedrijvigheid ten minste 365 dagen heeft geduurd», tenzij er «voldoende redenen (zijn) om aan te nemen dat de wettelijke voorwaarde inzake ongeschiktheid niet verder wordt vervuld», zelfs wanneer de bedrijvigheid minder dan 365 dagen heeft geduurd.

In de wetteksten, toepasselijk over de periode van 1 januari 1968 tot 30 september 1983, komt een bepaling als «zolang de ongeschiktheidsvoorwaarde is vervuld» niet meer voor. De tekst luidt nu: «De kinderbijslag blijft ten goede komen aan het rechtgevend kind (...) dat de (...) leeftijdsgrens heeft bereikt, indien het (...) arbeidsongeschikt (is)». Het is pas met ingang van 1 oktober 1983 dat het koninklijk besluit nr. 207 van 13 september 1983 eraan toevoegt dat «bovendien deze ongeschiktheid zonder onderbreking (moet) blijven bestaan».

3. Het in het geannoteerde arrest beoordeelde probleem betreft artikel 63 van de gecoördineerde wetten op de kinderbijslag voor werknemers. Dat artikel bepaalt: «De kinderbijslag blijft ten goede komen aan het rechtgevend kind: 1° tot de leeftijd van 25 jaar, indien het tenminste 66 pct. arbeidsongeschikt is». In het derde laatste lid wordt daaraan toegevoegd: «De bij dit artikel bedoelde ongeschiktheid moet een aanvang hebben genomen, vooraleer het kind wegens het bereiken van de bij artikel 62 bepaalde leeftijdsgrens, heeft opgehouden rechtgevend op kinderbijslag te zijn».

Bedoeld artikel 62 stelt deze leeftijdsgrens vast, wat het hier besproken geval betreft, op 14 jaar, «of op de leeftijd waarop de leerplicht eindigt» (§ 1), of op 16 jaar, indien het kind geen andere dan de bij K.B. toegelaten winstgevende bedrijvigheid uitoefent noch sociale uitkeringen geniet wegens arbeidsongeschiktheid of onvrijwillige werkloosheid (§ 1bis).

Artikel 47 kent, ten behoeve van ieder minder-valide kind van minder dan 25 jaar, een bijkomende bijslag toe, onder dezelfde voorwaarde als die gesteld voor de gewone bijslag tussen 14 en 16 jaar.

Ten deze ging het om een meisje dat, vanaf haar geboor-

te op 18 augustus 1961, een «ontoereikendheid of vermindering van haar lichamelijke of geestelijke ongeschiktheid van minstens 66 pct.» vertoonde. Op 13 november 1978, datum vanaf welke zij kinderbijslag vorderde, was zij voor 70 pct. ongeschikt verklaard; op dat ogenblik was zij 17 jaar en 3 maanden. Het lijkt niet betwist, dat deze ongeschiktheid van dezelfde aard was als de oorspronkelijke.

De geciteerde wetteksten schijnen zich dan ook niet te verzetten tegen het toekennen van kinderbijslag — en bijkomende bijslag — ten voordele van dit kind. Toch heeft het Arbeidshof te Gent anders geoordeeld. Het heeft namelijk volgende omstandigheden vastgesteld:

— het kind had die ongeschiktheidsgraad niet ononderbroken behouden: deze was tot 30 pct. teruggebracht van 25 december 1975 tot 5 februari 1976 (waarna zij werd bepaald op 70 pct.) en van 1 augustus 1977 tot 12 november 1978;

— tijdens laatst vermelde periode had het kind — althans volgens het arrest — «opgehouden rechtgevend te zijn op kinderbijslag omdat zij niet alleen een viertal maanden gewerkt had in een conservenfabriek, maar daarenboven tijdens een jaar werkloosheidsuitkeringen genoot».

Uitgaande van deze omstandigheden, oordeelde het Arbeidshof te Gent als volgt: nu het kind op 1 augustus 1977 had opgehouden rechtgevend te zijn, was het krachtens artikel 63 tevens niet meer rechtgevend vanaf 13 november 1978 op «gewone», en vandaar ook niet meer op «bijkomende» kinderbijslag.

Het Hof van Cassatie beslist in het geannoteerde arrest dat zodanige conclusie «niet naar recht verantwoord is, nu aan de wettelijk gestelde voorwaarden een voorwaarde wordt toegevoegd», zijnde dat de hoedanigheid van rechtgevend kind ononderbroken moet hebben bestaan tot op de datum vanaf welke bijslag wordt gevraagd. Het cassatiearrest antwoordt derhalve pertinent op de beslissing van het Arbeidshof te Gent.

Toch lijkt het belangrijk nader in te gaan op wat een van de door eiseres in cassatie aangevoerde middelen noemde: de «dubbelzinnige redenen waarmee het arrest van het arbeidshof omkleed is», welke «redenen bovendien onwettig zijn», omdat ze niet duidelijk maken of het recht op kinderbijslag ontzegd was — ofwel omdat het kind de ongeschiktheid niet «tijdig» verworven had, dan wel omdat zij tewerkgesteld was en daarna, op grond van deze tewerkstelling, werkloosheidsuitkeringen genoot.

Wat de eerste veronderstelling betreft, was *in casu* de ongeschiktheid van 66 % wel «tijdig verworven» (zoals gezegd vanaf de geboorte), doch ze was, tussen de leeftijd van 14 en 17 jaar + 3 maanden, tweemaal teruggevallen tot 30 %, afgewisseld met «opstoten» tot 70 %. Toch lijkt niet betwist dat het een zelfde aandoening betreft, zodat men kan stellen dat de ongeschiktheid met het bepaalde minimum van 66 pct. was aangevangen vooraleer het kind op hield rechtgevend op kinderbijslag te zijn. De wetgeving van kracht tot 1 oktober 1983 ontzegde derhalve het recht op kinderbijslag (ook op bijkomende bijslag) niet vanaf het opnieuw bereiken van deze ongeschiktheidsgraad (anders: Arbh. Brussel, 8 januari 1981, A.R. nr. 11.139, in zake R.K.W. t/ J.B.).

4. Sedert 1 oktober 1983 moet de vraag anders beantwoord worden. Alsdan is immers van kracht geworden het K.B. nr. 207 van 13 september 1983 dat in artikel 12 aan

artikel 63 van de gecoördineerde wetten de volgende bepaling toevoegt: «Bovendien moet deze ongeschiktheid zonder onderbreking blijven bestaan en wordt geen rekening gehouden met enige verhoging van ongeschiktheid, na de leeftijdsgrens bedoeld in artikel 62.» Merken we terloops op, dat het woord «bovendien» bevestigt, dat het «ononderbroken voortduren» een bijkomende voorwaarde uitmaakt, welke dus tot dan niet was opgelegd. Het verslag aan de Koning (B.S., 29 september 1983, 11886) vermeldt dienaangaande: «Dit artikel wil op ondubbelzinnige wijze de doelstelling verwoorden dat slechts kinderbijslag wordt verleend aan het minder-valide kind op voorwaarde dat de ongeschiktheid is aangevangen vóór het bereiken van de leeftijdsgrens tot dewelke het gerechtigd was op kinderbijslag in een andere hoedanigheid dan minder-valide kind. Dit houdt onrechtstreeks in dat iedere verergering na die leeftijdsgrens alsmede iedere herneming na een onderbreking van de ongeschiktheid niet voldoen aan de gestelde regel vermits zij geen ongeschiktheden zijn die begonnen zijn vóór de leeftijdsgrens en dus niet in aanmerking komen voor het behoud van de kinderbijslag.»

Wat de tweede veronderstelling betreft: het Arbeidshof te Gent besliste dat het recht op kinderbijslag ontzegd was per 1 augustus 1977, omdat het kind (dit werd 16 jaar op 18 augustus 1977) toen was gaan werken in een conservenfabriek, waarna zij werkloosheidsuitkeringen genoot. Dit ontzeggen van recht — althans op gewone kinderbijslag — uitsluitend wegens het presteren van werk en het genieten van werkloosheidsuitkeringen, komt evenwel niet in de wet voor wat betreft de kinderen die tot de leeftijd van 25 jaar kinderbijslag genieten op grond van een arbeidsongeschiktheid van ten minste 66 pct. Dit geval van uitsluiting wordt immers wel bepaald in artikel 62, § 1bis, waar het recht «zonder meer» wordt toegekend aan kinderen tussen 14 en 16 jaar, terwijl artikel 63 deze uitsluiting slechts bepaalt voor de gevallen bedoeld in het 2°, zijnde die waarin kinderbijslag wordt toegekend zonder leeftijdsbeperking.

In het onderhavig geval werd het recht op kinderbijslag ten behoeve van het kind Martina ontzegd voor de welbepaalde periode tijdens welke zij werkte en, daaropvolgend, werkloosheidsuitkeringen genoot, en terzelfder tijd de arbeidsongeschiktheidsgraad, blijkbaar om die redenen, teruggebracht was tot 30 pct. Dit automatisch verbinden van ongeschiktheidsgraad met «gewone» tewerkstelling en eventueel daarop gebaseerde sociale uitkeringen, kon tot vóór het van kracht worden van voormeld K.B. van 13 september 1983 als volkomen logisch worden beschouwd: aldus werd immers voorkomen dat alleen deze categorie rechtgevend (voor ten minste 66 pct. ongeschikten tot 25 jaar) zou «ontsnappen» aan de uitsluiting die voor alle andere categorieën gold. Sedert 1 oktober 1983 echter heeft een «automatisch verbinden» verregaande gevolgen: het minder-valide kind beneden de 25 jaar dat poogt «gewoon» te werken ondanks een ongeschiktheidsgraad van ten minste 66 pct., zal zijn ongeschiktheid teruggebracht zien tot beneden dit minimum en hierdoor definitief zijn recht op kinderbijslag als minder-valide verliezen¹.

¹ Het verbinden van arbeidsprestaties aan ongeschiktheidsgraad vinden we terug in artikel 63, 2°, van de gecoördineerde wetten, dat kinderbijslag toekent aan degene die «wegens zijn lichaams- of

Hierbij dient de vraag te worden gesteld of aldus geen rem is geplaatst op de rechtmatige bekommernis — die af en toe door de wetgever gedeeld werd — aan de minder-valide kinderen alle kansen te bieden tot demarginalisering en tot optimale ontplooiing.

5. Het arbeidshof besliste ook nog dat «deze bijslag het lot moet volgen van de kinderbijslag» en weigert de toekenning.

Het Hof van Cassatie acht deze beslissing niet wettelijk verantwoord, nu zij enkel steunt op die overweging. Aldus zegt het Hof niet dat er geen andere overwegingen kunnen zijn op grond waarvan deze bijkomende bijslag zou kunnen worden geweigerd.

Het arbeidshof had blijkbaar enkel willen stellen dat de bijkomende bijslag voor minder-valide kinderen slechts kan worden toegekend aan kinderen die recht geven op de gewone kinderbijslag. Dit schijnt wel de bedoeling te zijn van artikel 47 van de gecoördineerde wetten dat bepaalt: «De bij de artiklen 40, 42, 50bis en 50ter bepaalde bedragen van de kinderbijslag worden (...) ten behoeve van ieder minder-valide kind van minder dan 25 jaar verhoogd met een bijkomende bijslag.» Dit veronderstelt dat het minder-valide kind recht heeft op het «bedrag van de kinderbijslag» bedoeld in de vermelde artikelen. De artikelen 40 en 42 bepalen respectievelijk het dag- en maandbedrag van de gewone kinderbijslag, terwijl artikel 50bis het bedrag van de wezenuitkering vaststelt, en 50ter het bedrag voor de kinderen van een arbeidsongeschikte werknemer.

Het minder-valide kind moet ook aan bepaalde toekenningsvoorwaarden inzake gewone kinderbijslag voldoen (art. 3 van het K.B. van 10 maart 1964), zodat kan worden gezegd dat de bijkomende bijslag ophoudt wanneer het recht op de gewone kinderbijslag vervalt. Anderzijds omschrijft art. 5 van hetzelfde koninklijk besluit een uitzondering waarbij de bijkomende bijslag niet wordt toegekend, terwijl de gewone kinderbijslag wél kan worden toegekend.

Een nog merkwaardiger onderscheid is dat, wat de gewone kinderbijslag betreft, het kind een bepaalde graad van «arbeidsongeschiktheid» moet bezitten, terwijl wat de bijkomende bijslag voor minder-valide kinderen betreft, het kind een bepaalde graad van «ontoereikendheid of vermindering van lichamelijke of geestelijke geschiktheid» moet vertonen die moet worden «vastgesteld volgens de Officiële Belgische Schaal tot vaststelling van de graad van Invaliditeit». Dit heeft tot gevolg dat een arbeidsongeschikt kind niet noodzakelijk recht geeft op de bijkomende bijslag voor minder-valide kinderen wanneer de invaliditeitsgraad volgens de O.B.S.I. niet het wettelijk vereiste minimum bereikt. Anderzijds geeft het minder-valide kind, met de vereiste invaliditeitsgraad, niet steeds recht op de gewone kinderbijslag wanneer het niet de vereiste graad van arbeidsongeschiktheid bezit.

Agnes Scheere
Gh. Dhayer

geestesgesteldheid volledig ongeschikt lijkt om enig beroep uit te oefenen». Dat zelfs hier de toepassing van de wettelijke bepalingen op concrete gevallen niet zo evident is, wordt geïllustreerd door een bepaalde rechtspraak.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 26 MAART 1985

Voorzitter: de h. Screvens

Raadsheer-rapporteur: de h. Holsters

Advocaat-generaal: de h. Declercq

Advocaat: de h. Bützler

Valsheid in geschrifte — Moreel bestanddeel.

Bij ontstentenis van bedrieglijk opzet dient, inzake valsheid in geschrifte en gebruik van valse stukken, het oogmerk om te schaden, dat van de realisatie van een schade of van de enkele mogelijkheid daarvan te onderscheiden is, te worden vastgesteld.

G.

Gelet op het bestreden arrest, op 2 oktober 1984 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 193, 196 en 197 van het Strafwetboek,

doordat het hof van beroep, na erop te hebben gewezen dat de heer D. als mededader moest worden opgevat, beslist dat «(eiser) tevergeefs pleit dat hij te goeder trouw en zonder bedrieglijk opzet gehandeld heeft», dat «vanwege een geschoold jurist, bovendien advocaat, die de rechtspraktijk uitoefent en in ieder geval geacht moet worden de draagwijdte van zijn handelen en optreden te beseffen, goede trouw niet (kan) aanvaard worden wanneer blijkt dat hij een voor hem volslagen onbekende verbindt voor 25 miljoen frank, onverminderd het verder verstrekken van de 'nodige garanties en borgen', dat «een ieder wel eens een fout maakt, doch een zó verregaande lichtzinnigheid en voortvarendheid ten deze onverenigbaar is met het begrip goede trouw, te meer daar uit niets blijkt dat hij er zich ooit van vergewist heeft of de (andere) beklagde zijn zagezegd 'mandaat' kon bewijzen», dat (er wellicht geen) bedrieglijk opzet is geweest, doch de telastlegging bewezen blijft nu «het oogmerk om te schaden — zelfs de mogelijkheid tot schade — insgelijks volstaat en ter zake zich voorgedaan heeft, nu de privé-belangen van de P.V.B.A. N., die in de aankoop geenszins geïnteresseerd was, in het gedrang zijn gekomen», vervolgens, met betrekking tot de verhouding tussen de heer D. en de P.V.B.A. N. oordeelt dat «het dientengevolge duidelijk (is) dat er nooit een werkelijke opdrachtgever geweest is en ter zake ten onrechte geschermd wordt met het begrip naamlening», en eiser schuldig bevindt aan de telastlegging valsheid in geschrifte en gebruik van valse stukken, de opschorting van de uitspraak van de veroordeling voor een periode van vijf jaar beveelt, en eiser solidair met de heer D. veroordeelt in de kosten,

terwijl het misdrijf valsheid in geschrifte en het ermee samenhangend misdrijf gebruik van valse stukken onder meer een bijzonder opzet — en dus een subjectief element — vereist, dat erin kan bestaan dat de dader handelde met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden, alsmede — als objectief element — dat de bewuste feiten een eventuele of mogelijke schade moeten kunnen teweegbrengen; deze elementen niet alleen dienen te worden onder-

scheiden van elkaar, maar bovendien beide constitutieve bestanddelen vormen van de misdrijven bedoeld in de artikelen 193, 196 en 197 van het Strafwetboek, zonder welke de ten laste gelegde feiten niet strafbaar zijn als valsheid in geschrifte of gebruik van valse stukken; de feitenrechters, na te hebben vastgesteld dat er geen bedrieglijk opzet aanwezig was in de persoon van eiser, derhalve dienden vast te stellen, enerzijds, dat eiser bij de ten laste gelegde feiten het oogmerk had te schaden, en, anderzijds, dat deze feiten een mogelijk nadeel konden teweegbrengen,

zodat, *eerste onderdeel*, het hof van beroep, door de aanvoering dat «het oogmerk om te schaden — zelfs de mogelijkheid tot schade — insgelijks volstaat en ter zake zich voorgedaan heeft, nu de privé-belangen van de P.V.B.A. N., die in de aankoop geenszins geïnteresseerd was, in het gedrang zijn gekomen», in het ongewisse laat of het aldus het essentieel bestanddeel «oogmerk om te schaden», dan wel het bestanddeel «mogelijke schade» voor bewezen houdt (schending van artikel 97 van de Grondwet), dan wel beide constitutieve bestanddelen vermengt, hetgeen tevens onwettig is (schending van de artikelen 193, 196 en 197 van het Strafwetboek);

tweede onderdeel, noch de in de persoon van eiser vastgestelde «verregaande lichtzinnigheid en voortvarendheid», noch het eventueel gebrek aan goede trouw, noch het feit dat de privé-belangen van de P.V.B.A. N. in het gedrang zijn gekomen, volstaan om te doen blijken van het — gelet op de ontstentenis van het bedrieglijk opzet — noodzakelijk oogmerk om te schaden, nu dit bijzonder opzet niet kan worden afgeleid uit een eventuele lichtzinnigheid of voortvarendheid, een gebrek aan goede trouw, noch uit het eventueel in het gedrang komen van privé-belangen van een derde (schending van de artikelen 193, 196 en 197 van het Strafwetboek):

Overwegende dat, volgens artikel 193 van het Strafwetboek, het moreel bestanddeel van de valsheid in geschrifte bestaat hetzij in het bedrieglijk opzet, hetzij in het oogmerk om te schaden;

Overwegende dat het arrest, na te hebben aangenomen dat het bedrieglijk opzet «er wellicht niet geweest is», het oogmerk om te schaden verwart met de mogelijkheid van schade en het bestaan van dit oogmerk niet vaststelt;

Dat de rechters immers uit de omstandigheid dat «de privé-belangen van de P.V.B.A. N., die in de aankoop geenszins geïnteresseerd was, in het gedrang zijn gekomen», niet konden besluiten dat het oogmerk om te schaden, dat van de realisatie van een schade of van de enkele mogelijkheid daarvan te onderscheiden is, in de persoon van eiser aanwezig was;

Dat de beslissing waardoor eiser schuldig wordt verklaard aan valsheid in geschrifte en gebruik van valse stukken niet naar recht verantwoord is;

Dat het middel in zoverre gegrond is;

(...)

NOOT—*Het morele bestanddeel bij valsheid in geschrifte*

1. Het verdient aanbeveling de feitelijke achtergrond van de thans door het Hof van Cassatie vernietigde beslissing van het Hof van Beroep te Gent, zij het kort, uiteen te

zetten, nu soortgelijke toestanden in de dagelijkse praktijk van de advocaat allicht vrij regelmatig voorkomen, zij het met niet steeds dezelfde ingrijpende gevolgen.

Op 29 juni 1982 legde de curator van een failliete vennootschap ter griffie van de rechtbank van koophandel een verzoekschrift neer tot machtiging om een aantal onroerende goederen en bedrijfsgoederen uit de hand te verkopen. Twee weken later, tijdens de vakantie dus, legde een advocaat, optredend voor een andere vennootschap, een verzoekschrift neer tot vrijwillige tussenkomst, strekkende tot afwijzing van de eventuele verkoop uit de hand, en tot het doen opleggen van de openbare verkoop, waarbij de vennootschap waarvoor hij optrad, als koper wenste op te komen voor de goederen in kwestie. Deze advocaat trad op, na aandringen van een goede vriend van de op dat ogenblik met vakantie zijnde zaakvoerder van laatstgenoemde vennootschap. Achteraf echter betwistte de vennootschap de regelmatigheid van de tussenkomst van de advocaat, ondanks het voorhanden zijn van bepaalde briefwisseling.

In eerste aanleg werd de advocaat, samen met de «aangever», veroordeeld wegens valsheid in geschrifte en gebruik van valse stukken (ter zitting van de rechtbank van koophandel). In hoger beroep bevestigde het hof van beroep het vonnis, maar met uitstel van de uitspraak van de veroordeling voor een termijn van vijf jaar.

2. In zijn verweer had de advocaat er inzonderheid op gewezen dat hij buiten elk bedrieglijk opzet of oogmerk te schaden had gehandeld, en integendeel te goeder trouw was geweest.

Het hof van beroep oordeelde echter dat de advocaat «tevergeefs pleit dat hij te goeder trouw en zonder bedrieglijk opzet gehandeld heeft; dat vanwege een geschoold jurist, bovendien advocaat, die de rechtspraktijk uitoefent en in ieder geval geacht moet worden de draagwijdte van zijn handelen en optreden te beseffen, goede trouw niet kan worden aanvaard wanneer blijkt dat hij een voor hem volslagen onbekende verbindt voor 25 miljoen frank, onverminderd het verder verstrekken van de 'nodige garanties en borgen', dat een ieder wel eens een fout maakt, doch een zo verregaande lichtzinnigheid en voortvarendheid ten deze onverenigbaar is met het begrip goede trouw (...); dat er wellicht geen bedrieglijk opzet is geweest, doch de telastlegging bewezen blijft nu het oogmerk om te schaden — zelfs de mogelijkheid tot schade — insgelijks volstaat en ter zake zich voorgedaan heeft, nu de privé-belangen van de P.V.B.A. N., die in de aankoop geenszins geïnteresseerd was, in het gedrang zijn gekomen».

3. Opdat een ten laste gelegd feit als strafbare valsheid in geschrifte kan worden beschouwd, dienen de volgende voorwaarden te zijn vervuld:

- er dient een waarheidsvervalsing te zijn;
- de dader moet handelen met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden;
- het ten laste gelegde feit moet schade kunnen teweegbrengen, of teweeggebracht hebben;
- de valsheid dient te geschieden in een door de wet bedoeld geschrift (zie hierover: Nypels, J.S.G., en Servais, J., *Le Code pénal belge*, Brussel, Bruylant, 1896, I, pp. 546 e.v., nr. 1; *Les Nouvelles, Droit pénal*, II, nrs. 1520 e.v., Goedseels, J., *Commentaire du Code pénal belge*, Brussel, Bruylant, 1948, I, nrs. 1229 e.v.; Cass., 27 september 1965,

Pas., 1966, I, 126; *Cass.*, 26 februari 1968, *Pas.*, 1968, I, 796).

4. Er dient dus te worden vastgesteld dat het bijzonder opzet, namelijk het bedrieglijk opzet of het oogmerk te schaden, en de mogelijkheid tot schaden (of de effectieve verwezenlijking van schade) onderscheiden bestanddelen vormen van de strafbare valsheid in geschrifte, die beide onafhankelijk en afzonderlijk aanwezig dienen te zijn.

Dit blijkt niet alleen uit de eensluidende doctrine (zie bv. wat het bedrieglijk opzet betreft: Marchal, A., en Jaspar, J.P., *Droit criminel. Traité théorique et pratique*, Brussel, Larcier, 1975, I, nrs. 401 e.v.; Schuind, G., *Traité pratique de droit criminel*, Brussel, Swinnen, losbladig, artt. 193-212, nr. 2; Vanhalewijn, J., en Dupont, L., *Valsheid in geschrifte*, Gent, Story, 1975, nrs. 429 e.v.; en wat het mogelijk nadeel betreft: Beltjens, G., *Encyclopédie du droit criminel belge*, Brussel, Bruylant, 1901, art. 193, nr. 13; *Les Nouvelles, l.c.*, nrs. 1569 e.v.), maar ook uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie (zie bv. *Cass.*, 19 april 1983, *Pas.*, 1983, I, nr. 451; *Cass.*, 27 april 1982, *Pas.*, 1982, I, 970).

5. Het bedrieglijk opzet dat inzake valsheid in geschrifte vereist wordt, bestaat, luidens de rechtspraak van het Hof van Cassatie, in het zichzelf of een ander verschaffen van een onrechtmatig voordeel (zie bv. *Cass.*, 6 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 641, m.b. 644; *Cass.*, 15 maart 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 835; *Cass.*, 9 mei 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1059; *Cass.*, 22 februari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 682).

Dit bedrieglijk opzet werd door het Hof van Beroep te Gent in de voorliggende zaak «wellicht» als niet bestaande beschouwd. Bijgevolg dienden de feitenrechters vast te stellen dat de beklaagde het oogmerk had gehad te schaden, én dat de aangeklaagde handeling schade had kunnen berokkenen, hetgeen, zoals gezegd, een andere constitutieve voorwaarde van de valsheid in geschrifte vormt.

6. Het Hof van Cassatie ging in op het aangevoerde middel tot cassatie waar dit in zijn tweede onderdeel aanvoerde dat noch een eventuele «verregaande lichtzinnigheid of voortvarendheid», noch een eventueel gebrek aan goede trouw, noch het feit dat de privé-belangen van een bepaald rechtssubject in het gedrang waren gekomen, volstonden om te doen blijken van het noodzakelijk oogmerk om te schaden.

Inderdaad, het begaan van een fout, lichtzinnigheid of voortvarendheid, of het vertonen van een gebrek aan goede trouw, impliceren immers geenszins dat men de wil heeft een ander rechtssubject te benadelen.

Evenmin levert het feit dat door het eigen handelen een derde in zijn belangen wordt aangetast, het bewijs dat de betrokkene de wil had te schaden. De effectieve benadeling van een derde volstaat geenszins om te besluiten tot enig strafbaar opzet.

7. Ten slotte kan gewezen worden op een gelijksoortige toestand, omschreven in de artikelen 207 en 208 van het Wetboek van Koophandel, waarbij in bepaalde gevallen een strafrechtelijke sanctie wordt opgelegd aan hen die met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden, valsheid plegen in de door de wet of door de statuten van een vennootschap voorgeschreven jaarrekeningen.

Het bedrieglijk opzet of het oogmerk om te schaden vormen ook daar een essentieel bestanddeel van het misdrijf (zie bv. Spreutels, J.P., en Messine, J., «Questions spécia-

les de droit pénal», in *L'entreprise en difficulté*, Ed. J.B., 1981, 331 e.v., m.b., 370-371, nr. 7; *R.P.D.B.*, v° «Sociétés anonymes», nr. 3269).

Stefaan Sonck

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 31 MEI 1985

Voorzitter: de h. Vermeulen

Staatsraden: de hh. Vander Stichele en Verschooten

Advocaten: mrs. Vandenbergh, Putzeys en Weinstock

Raad van State — Gebruik der talen — Overheidsmandatarissen — Decreet Lepaffe — Geen prejudiciële vraag aan Arbitragehof — Opschorting van het geding.

Het decreet van 26 juni 1984 van de Franse Gemeenschap geeft aan alle «overheidsmandatarissen» die bij het vervullen van hun opdracht Frans wensen te spreken, het recht om dat te doen, waar ook in dit land.

Het decreet doet echter meer dan retroactief een recht toekennen en verboden vaststellen; het bepaalt sancties voor de gevallen waarin dat recht niet wordt geëerbiedigd of wordt betwist, of waarin de verbodsbepalingen worden overtreden.

De sancties gelden zonder uitzondering: de sanctie van nietigheid geldt ook — en dan nog wel retroactief — t.a.v. rechterlijke uitspraken; de strafsancities gelden ook t.a.v. de rechter, in het bijzonder de Raad van State.

De bedoeling van het decreet is onmiskenbaar de Raad van State te beletten om in de zaken die bij hem zijn aangebracht, uitspraak te doen met toepassing van het recht dat gold toen de bestreden beslissingen werden genomen en nadien werden aangevochten.

De dreiging van zo exorbitante sancties als van rechtswege werkende nietigheid van uitspraken, aangevuld met gevangenis- en geldstraffen, maakt de verdere afwikkeling van deze rechtszaak onmogelijk.

Het afdoen van de zaak moet worden opgeschort tot de uitspraak van het Arbitragehof over de vordering tot vernietiging van het decreet van 26 juni 1984 van de Franse Gemeenschap.

M. e.a. t/ Minister van Binnenlandse Zaken
Besikking nr. 1768; zaak A. 29.934/IV-10.184

Gezien het verzoekschrift dat Jozef M., Norbert C., Lieve F. en Frans L., allen lid van de gemeenteraad van Linkebeek, op 28 februari 1983 gezamenlijk hebben ingediend om de vernietiging te vorderen van het koninklijk besluit van 22 december 1982, waarbij Roger T. wordt benoemd tot burgemeester van Linkebeek;

1. Overwegende dat de grond tot vernietiging welke de verzoekende partijen aanvoeren, hierop neerkomt dat de Regering een regel impliciet maar noodzakelijk vervat in artikel 3bis van de Grondwet heeft overtreden,

— regel volgens welke de Regering enkel een kandidaat tot burgemeester van een gemeente van het Nederlandse

taalgebied — randgemeenten inbegrepen — kan benoemen, voor zover die Regering vooraf met de vereiste zorgvuldigheid heeft vastgesteld dat haar kandidaat inderdaad voldoet aan een dwingende geschiktheidsvoorwaarde, namelijk het Nederlands op zo volkomen wijze te beheersen dat die kandidaat geacht kan worden effectief in staat te zijn om persoonlijk — d.i. zonder de hulp van een vertaler of tolk — het bestuur van zijn gemeente in al zijn aspecten, overeenkomstig de hiervoor vermelde bepaling van de Grondwet, volledig in het Nederlands te voeren,

— regel die niet kan worden ontkracht door regelen die, op grond van artikel 59bis, § 4, tweede lid, eerste uitzondering, bij wet of decreet kunnen worden vastgesteld en die aan de bestuursorganen van de randgemeenten bijkomende verplichtingen kunnen opleggen om ten behoeve van Franssprekende ingezetenen bepaalde handelingen of diensten ook in het Frans te verrichten of te verstrekken;

2. Overwegende dat hangende dit geding, van buitenuit opzettelijk een nieuw element in dit proces is ingebracht om de berechting ervan fundamenteel te beïnvloeden, te weten een door de Franse Gemeenschap op 26 juni 1984 aangenomen en in het Belgisch Staatsblad van 6 juli 1984 bekendgemaakt decreet dat ertoe strekt het recht van «overheidsmandatarissen» om bij de uitoefening van hun mandaat, waar ook in dit land, Frans te spreken, tegen aantasting te vrijwaren, zulks meer in het bijzonder dan nog tegen aantasting door rechterlijke uitspraken; dat bedoeld decreet de Raad van State belet om zijn opdracht — recht te doen in deze zaak — normaal te vervullen zoals blijkt uit volgende uiteenzetting;

3. Overwegende dat strekking en draagwijdte van het decreet van 26 juni 1984 als volgt kunnen worden weergegeven:

3.1. De artikelen 1 en 2, § 1, eerste lid, van het in ogen-schouw te nemen decreet van 26 juni 1984 geven in werkelijkheid aan alle «overheidsmandatarissen» die bij het vervullen van hun opdracht Frans wenssen te spreken, het recht om dat te doen, waar ook in dit land.

3.2. Het toekennen van dat recht wordt versterkt door het richten van verbodsbepalingen tegen wie dat recht zou willen betwisten of de uitoefening ervan zou willen bemoeilijken.

— Zo verbiedt artikel 2, § 1, tweede lid, impliciet aan overheidsmandatarissen het gebruik van het Frans te beperken of te verbieden bij de uitoefening van hun mandaat.

— Artikel 2, § 2, eerste lid, verbiedt de «onbekwaamheid van een overheidsmandataris om een andere taal dan het Frans te verstaan, te spreken of te schrijven», tegen die mandataris als een bezwaar te doen gelden.

— In artikel 2, § 2, tweede lid, wordt verboden de kennis van een andere taal dan het Frans — bedoeld is het Nederlands — op te leggen

— In dat tweede lid wordt ook verbod opgelegd na te gaan of die mandataris die Frans spreekt of wil spreken, wel enige kennis van die andere taal — het Nederlands — heeft.

3.3. Onderlijnd moet worden dat zowel het toekennen van het recht Frans te spreken, als de bepalingen die verbieden op enige manier dat recht aan te tasten, niet alleen gelden sinds het decreet in het Staatsblad werd bekendgemaakt, maar, krachtens artikel 6, gelden met terugwerking

tot 10 oktober 1982, d.w.z. tot de datum van de laatste gemeenteraadsverkiezingen.

Het recht dat van kracht was tussen de periode lopend van 10 oktober 1982 tot na de bekendmaking van het decreet, wordt derhalve retroactief gewijzigd, met het gevolg dat de wettigheid van beslissingen welke in die periode genomen zijn — zoals die in deze zaak — niet meer wordt getoetst aan het recht dat in die periode gelding had, maar aan het recht zoals het door de ingreep van het decreet van 26 juni 1984 opzettelijk gewijzigd is. De Raad van State wordt alzo verplicht, indien die ingreep geldig is, om bij het beoordelen van de wettigheid van het optreden van de overheid in deze rechtszaak, rekening te houden met regelen welke ten tijde van dat optreden niet eens bestonden, maar waarvan het uitvaardigen precies als doel heeft de normatieve gegevens van hangende processen zo te wijzigen dat een bepaalde uitkomst van die processen zeker wordt gesteld.

3.4. Het decreet doet echter meer dan retroactief een recht toe te kennen en verboden vast te stellen: het bepaalt sancties voor de gevallen waarin dat recht niet wordt geëerbiedigd of wordt betwist, of waarin de verbodsbepalingen worden overtreden.

3.4.1.1. De eerste soort sancties treffen «maatregelen» die strijdig zijn met het toegekende recht of de opgelegde verboden: die maatregelen zijn van rechtswege nietig.

Uit de sanctie — het nietig verklaren — blijkt dat de «maatregelen» in wezen rechtshandelingen zijn: verordeningen, administratieve beslissingen, rechterlijke uitspraken.

Zo bepaalt artikel 2, § 2, eerste lid, dat «elke maatregel met het oog op de beperking of het verbod in de gevallen waarvan sprake in de eerste alinea, van rechtswege nietig is».

Krachtens het tweede lid van voormelde § 2 is elke maatregel ertoe strekkende de kennis van die andere taal op te leggen of die kennis te toetsen ook weer van rechtswege nietig.

3.4.1.2. Krachtens het reeds vermelde artikel 6 van het decreet werken de regelen die sancties van nietigheid bepalen, eveneens voor het verleden, d.i. tot aan de gemeenteraadsverkiezingen van 1982.

3.4.1.3. Om iedere twijfel weg te nemen betreffende de bedoeling de retroactieve nietigheid ook te doen gelden — tegen vaste beginselen in — voor reeds definitief geworden rechterlijke uitspraken, wordt in het decreet, onder de kwalificatie «overgangsmaatregel» een artikel 4 opgenomen dat gesteld is in volgende bewoordingen: «Iedere beslissing, zelfs van rechterlijke aard, die genomen werd vóór de uitvaardiging van dit decreet en die de rechten erdoor bekrachtigd, schendt, dient beschouwd te worden als ontdaan van rechtskracht. Elke poging om de gedwongen uitvoering te verzekeren kan gelijkgesteld worden met een gewelddaad (voie de fait).»

De toelichting bij het voorstel, dat uiteindelijk het decreet van 26 juni 1984 geworden is (Conseil de la Communauté française, 1983-84, doc. 136/1, blz. 3), bevat te dien aanzien de volgende passage: «L'article 4 enlève tout effet juridique aux arrêts du Conseil d'Etat et aux décisions de la députation permanente du Limbourg en contradiction avec les principes du décret.»

3.4.1.4. Artikel 4 dient dus in hoofdzaak om twijfel weg

te nemen in een geval — vroeger gewezen rechterlijke beslissingen — waar twijfel verwacht werd omdat die twijfel inderdaad volkomen gewettigd is. Wat geldt voor het verleden — die vroeger gewezen rechterlijke beslissingen — geldt uiteraard — zonder twijfel — voor de toekomst: mocht de Raad van State thans — d.i. na de bekendmaking van het decreet — een vordering toewijzen zoals die welke door de verzoekende partijen in deze zaak is ingesteld, dan valt het arrest onder de toepassing van artikel 2, § 2, en is het van rechtswege nietig. De uitvoering van een dergelijk arrest is dan — volgens het decreet — ook als een voie de fait te beschouwen, voie de fait waartegen kan worden opgekomen voor de gewone rechter.

3.4.2. De tweede soort sancties zijn gericht tegen de personen die het decreet zouden overtreden: die overtredingen worden gestraft met vijftien dagen tot drie maanden gevangenis en een boete van 8 tot 10.000 frank, of met een van die straffen.

Het decreet gaat niet zo ver aan die regel, die met strafsancties dreigt, terugwerking te geven, wat betekent dat alleen overtredingen die zich na de bekendmaking van het decreet hebben voorgedaan of die zich zullen voordoen, tot strafvervolgning aanleiding kunnen geven.

3.4.3. Belangrijk is vast te stellen dat de gestelde sancties op de overtreding van de verbodsbepalingen zonder uitzondering gelden: de sanctie van nietigheid geldt ook ten aanzien van rechterlijke uitspraken, de sanctie van de bestraffing geldt ook ten aanzien van de rechter.

3.4.4. Die rechter is meer in het bijzonder de Raad van State.

De bedoeling — voorkomen dat de Raad van State hangende zaken normaal zou afdoen — blijkt onmiskenbaar uit wat in de stadia voorafgaand aan het aannemen van het decreet, geschreven en gezegd werd.

3.4.4.1. Zo vindt men de volgende passages in de toelichting welke het ingediende voorstel voorafgaat (Franse Gemeenschapsraad 1983-84, doc. 136, nr. 1):

«La présente proposition répond à un besoin urgent qui résulte essentiellement d'excès de pouvoir et d'abus de droit auxquels se sont livrés récemment des magistrats flamands du Conseil d'Etat (IVe et VII Chambres): l'obligation de justifier de la connaissance du néerlandais imposée aux élus de la région de langue néerlandaise, en ce comprises les communes à facilités, méconnaît les principes fondamentaux du droit belge et du droit international.

Une condition de langue dans le chef des élus méconnaît à la fois l'article 23 de la Constitution et l'article 14 de la Convention de Sauvegarde combiné avec son protocole additionnel qui garantit la 'liberté de choix' du corps électoral.

Les arrêts des Chambres flamandes du Conseil d'Etat, comme la proposition de loi Galle, sont donc des tentatives de 'coups de force' qui n'ont même pas l'apparence de la légalité ou de la légitimité, et qui sont clairement contraires à l'ordre public international. La présente proposition de décret vise simplement à rééquilibrer la situation et à assurer juridiquement la garantie des droits des élus francophones, droits actuellement bafoués.

Comme en 1982, le but des auteurs de la proposition est de rétablir la validité de l'usage de la langue française dans des cas litigieux, qu'il n'est évidemment pas nécessaire de rappeler.

La nécessité d'adopter les dispositions proposées est bien plus impérieuse encore qu'en 1982, puisque ce sont maintenant des droits démocratiques essentiels qui sont mis en cause, ceux des mandataires publics.»

Het verslag van de bevoegde commissie van de Franse Gemeenschapsraad (Conseil de la Communauté française, session 1983-84, doc. 136, n° 3) vertolkt gedachten van gelijke strekking:

«... il s'agit d'une proposition de 'protection', destinée à rencontrer des événements qui se précipitent. Le vide législatif doit être comblé avant que les différents arrêts du Conseil d'Etat ne fassent jurisprudence. De ce point de vue, l'urgence s'impose donc.

...il convient de dépasser le stade de la riposte ponctuelle et donc d'élaborer un cadre légal assurant la sécurité juridique des élus francophones.

Un membre de la commission considère que le décret ne peut produire d'effets rétroactifs. Les législations ne devraient produire d'effet qu'à la date de leur entrée en vigueur. Il déclare donc ne pouvoir se rallier à l'article 4.

L'auteur de la proposition intervient pour justifier l'existence de cet article.

Il convient, dit-il, de constituer un barrage pour ceux qui voudraient exécuter les arrêts du Conseil d'Etat.

En effet, le Conseil d'Etat, en l'absence de législation, interprète seul les lois et la Constitution et peut, dès lors, toujours se référer à ses arrêts antérieurs comme source de droit.

Pour ces raisons, l'auteur de la proposition considère que l'article 4 est indispensable pour assurer des effets réels à ce décret.»

3.4.4.3. Voorkomen dat de Raad van State tot uitspraken zou komen op grond van het geldend recht is ook het doel dat nog blijkt uit de volgende opmerkingen van de indiener van het voorstel tijdens de bespreking in de Franse Gemeenschapsraad:

«Vous connaissez les raisons qui, dans une unanimité que je tiens à rappeler ici, nous ont portés à discuter cette proposition. Ce sentiment ne nous a quittés à aucun moment de la discussion, au cours des nombreuses réunions que nous avons tenues parce que nous avons estimé qu'il fallait aller vite et que les événements nécessitaient la prise de mesures non pas agressives mais défensives pour la protection de l'usage de la langue française pour les mandataires publics francophones.

Des faits récents ont démontré l'incontestable nécessité de poursuivre cette action sans délai. Ces événements ont également démontré à la Chambre l'unanimité des francophones et je m'en réjouis. Je souhaite que nous continuions dans cette voie.»

3.4.4.4. Uit al die overgeschreven passages blijkt overduidelijk de bedoeling om snel door middel van bepalingen van het decreet — sancties inbegrepen — de Raad van State te beletten om in de zaken die bij hem zijn aangebracht, uitspraak te doen met toepassing van het recht dat gold toen de bestreden beslissingen werden genomen en nadien werden aangevochten.

Onmiskenbaar is het meer bepaald ook de bedoeling om, door in te grijpen in het normaal verloop van de processen, de Raad van State te beletten gebruik te maken van de door de staatshervorming gewild onverkort gelaten bevoegdheid van de rechtbanken — de Raad van State uiteraard daarin

begrepen — om de bepalingen van de Grondwet die materieel recht bevatten — de bevoegdheden en verplichtingen van de diverse overheden — in geweten naar beste weten te interpreteren en toe te passen.

4. Overwegende dat de gelding van het decreet van 26 juni 1984 weliswaar onzeker is geworden, maar toch niet werd opgeheven, zoals hierna blijkt :

4.1.1. Een bericht, bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 31 januari 1985, doet weten dat de Vlaamse Executieve met een verzoekschrift van 10 oktober 1984 gericht tot het Arbitragehof, de vernietiging heeft gevorderd van het hiervoor besproken decreet van de Franse Gemeenschapsraad van 26 juni 1984. Als vernietigingsgrond wordt aangevoerd de «schending van de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten».

Het instellen van dat annulatieberoep heeft voor iedereen die met de toepassing van het bestreden decreet te maken heeft, een periode van onzekerheid betreffende die toepassing doen ontstaan, welke periode pas eindigt wanneer het juridictioneel mechanisme dat op gang werd gebracht, uitsluitel over de betwiste gelding zal hebben gegeven.

4.1.2. Uit die bekendmaking van 31 januari 1985 kan worden afgeleid dat de Vlaamse Executieve — die blijkbaar haar actierecht niet door enig criterium verbonden aan het begrip belang beperkt acht — de vernietiging vordert van het *hele* decreet en dus ook van de bepalingen ervan in zoverre die ook gelden voor de randgemeenten en de taalgrensgemeenten en van de bepalingen die betrekking hebben of invloed hebben op de bevoegdheid van de rechter — en meer bepaald op de bevoegdheid van de Raad van State —, hoewel de vaststelling van de taalregeling voor de randgemeenten en de taalgrensgemeenten en de vaststelling van de bevoegdheid van de rechter en van de Raad van State niet behoren tot de aangelegenheden waarvan de regeling aan de Gemeenschappen is opgedragen en derhalve de handhaving van de taalregeling voor de randgemeenten en de taalgrensgemeenten zowel als het vrijwaren van de bevoegdheid van de rechter — de Raad van State inbegrepen — tegen aantasting door de Gemeenschappen of de Gewesten, behoren tot de uitsluitende zorg van de Regering, die evenwel geen beroep bij het Arbitragehof tegen het decreet van 26 juni 1984 heeft ingesteld.

4.2. Het Arbitragehof, bij wie de Vlaamse Executieve een vordering tot schorsing van de werking van het bestreden decreet van 26 juni 1984 aanhangig had gemaakt, heeft die vordering bij een tussenarrest van 5 april 1985 afgewezen, zonder in die afwijzing uitzondering te maken voor de bepalingen van dat decreet die de Raad van State beletten om deze rechtszaak normaal af te doen.

4.3. De bepalingen van het decreet zijn derhalve tot nader order in principe onverminderd blijven gelden : niet alleen de bepalingen die neerkomen op een opzettelijke, retroactieve ingreep tot wijziging van de rechtsregelen die de situatie beheersten van strijdende partijen in hangende processen toen die partijen voor de rechter zijn gekomen ; ook blijven gelden de bepalingen die sancties vaststellen en gericht zijn tegen met het decreet strijdig handelende rechters — onder die sancties dreiging met straf begrepen zijnde.

5. Overwegende dat geen rechter echt recht kan spreken onder de dreiging van zo exorbitante sancties als van

rechtswege werkende nietigheid van uitspraken, aangevuld met gevangenis- en geldstraffen : zowel het toewijzen als het afwijzen van een voor hem gebrachte eis wordt in die omstandigheid verdacht en dus onzeker, precies omdat de rechter zelf onder de verdenking staat om onder invloed van de dreiging met sancties in de ene of de andere zin te hebben beslist ; dat de in het decreet van 26 juni 1984 in het algemeen verwoorde dreiging met sancties in concreto geldt met betrekking tot de onderhavige rechtszaak, zoals blijkt uit wat volgt :

5.1.1. De strekking van het door de verzoekende partij en ingesteld annulatieberoep is duidelijk te doen bevestigen dat Roger T. — burgemeester van Linkebeek en dus «overheidsmandataris» in de zin van artikel 1, 1°, van het decreet die zijn mandaat uitoefent in een publiek lichaam als bedoeld in artikel 1, 2° — onbekwaam is om een andere taal dan het Frans, d.w.z. het Nederlands, zo te verstaan, te spreken of te schrijven als op grond van artikel 3bis van de Grondwet vereist is, en daarom op grond van dat artikel niet in aanmerking kan komen om tot burgemeester van Linkebeek te worden benoemd. Het ingestelde beroep heeft derhalve een strekking die strijdig is met artikel 2, § 2, eerste lid, van het decreet.

5.1.2. Het ingestelde beroep strekt er ook toe te doen vaststellen dat maatregelen vereist zijn om te onderzoeken of te doen onderzoeken of Roger T. inderdaad de taalvaardigheid heeft om zijn gemeente in het Nederlands te besturen op de wijze als artikel 3bis van de Grondwet het vereist. Het beroep komt alzo in strijd met artikel 2, § 2, tweede lid, van het decreet.

5.1.3. De vordering tot vernietiging van de benoeming van Roger T., op zichzelf genomen, heeft als doel het gebruik van het Frans bij het bestuur van de gemeente Linkebeek te beperken. Een dergelijk streven is onverenigbaar met artikel 2, § 1, tweede lid, van het decreet.

5.2. Uit voorgaande vergelijking van de strekking van het ingestelde annulatieberoep met de bepalingen van het decreet volgt dat de Raad van State het niet meer vermag die zaak af te doen.

Aan de ene kant immers verschijnt het arrest waarbij de Raad de door de vordering gestelde eis zou toewijzen, als een «maatregel» die van rechtswege nietig is omdat hij strijdt, zowel met de verbodsbepaling vervat in § 1, tweede lid, van artikel 2 van het decreet, als met de verbodsbepalingen van § 2 van artikel 2, terwijl die maatregel uiteraard ook een overtreding van vorenbedoelde verbodsbepalingen uitmaakt, op welke overtreding straf staat.

De vordering integendeel afwijzen — op welke grond dan ook — wekt de in elk geval te vermijden verdenking dat de Raad is geweken voor de dreiging met sancties en inzonderheid voor de dreiging met straf,

— terwijl wijken bovendien de schijn kan wekken dat een wetgever, die bedoelt in te grijpen in hangende processen, het inderdaad vermag de positie van partijen in de rechtsstrijd hetzij aan te tasten, hetzij te versterken door geldend recht met terugwerking aan het door hem nagestreefde doel aan te passen ;

— terwijl wijken bovendien de schijn kan wekken dat de Raad van State afstand doet van zijn door de grondwetsherziening onaangetast gelaten bevoegdheid om zelfstandig vast te stellen wat het in de Grondwet vervatte materieel recht als inhoud heeft, welke afstand dan nog zou worden

gedaan in een rechtszaak waarin de opdracht van de Raad mogelijk in hoofdzaak erop zou kunnen neerkomen na te gaan wat artikel 3bis van de Grondwet, gezien zijn ontstaansgeschiedenis vóór en tijdens de grondwetsherziening, mogelijk impliciet maar noodzakelijk als materieel recht inhoudt, meer bepaald de verplichtingen van de bestuurs-overheid, en de voorwaarden waaronder iemand de uitoefening van een publiek ambt mag waarnemen;

6. Overwegende dat uit wat voorafgaat onontwijkbaar moet worden besloten dat, onder de gehandhaafde gelding van het decreet van de Franse Gemeenschap van 26 juni 1984, de verdere afwikkeling van deze rechtszaak niet mogelijk is,

Stelt de volgende beschikking vast:

Het afdoen van de als nr. 10.184 op de rol van deze kamer ingeschreven zaak wordt opgeschort tot de uitspraak van het Arbitragehof over de door de Vlaamse Executieve op 10 oktober 1984 aanhangig gemaakte vordering tot vernietiging van het decreet van de Franse Gemeenschap van 26 juni 1984 in het Belgisch Staatsblad is bekendgemaakt.

NOOT—Op dezelfde dag werden nog vier identieke beschikkingen genomen.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

5e KAMER — 15 OKTOBER 1984

Voorzitter: de h. Janssens

Raadsheren: de hh. Van Gelder en Libert

Openbaar ministerie: mevr. Van Leuven

Advocaten: mrs. Stappers, Buysens en Van der Staey

Faillissement — Arbeidsovereenkomst — Handelsvertegenwoordigers — Uitwinningsvergoeding — Voorrecht.

Om uit te maken of de uitwinningsvergoeding voor handelsvertegenwoordigers een bevoorrechte schuldvordering is in de zin van art. 19, 3°bis, Hypotheekwet, moet alleen rekening gehouden worden met het begrip loon in de zin van art. 2 van de wet van 12 april 1965, aangezien art. 19, 3°bis, Hypotheekwet alleen naar deze wet verwijst. Een handelsvertegenwoordiger beroept zich terecht op art. 19, 3°bis, Hypotheekwet voor de uitwinningsvergoedingen.

D.V. en A. t/ Faillissement N.V. R.

Gelet op het bestreden vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen van 16 maart 1983;

Overwegende dat beide appellanten hun hoger beroep beperken ten aanzien van voormelde opnamen in het gewoon passief; dat zij van oordeel zijn dat de bedragen van 92.066 fr. (A.) en 424.235 fr. (D.V.) — zijnde uitwinningsvergoedingen — opgenomen dienen te worden in het bevoorrecht passief op grond van artikel 19, 3°bis, Hyp. W.;

Overwegende dat uit de conclusies van partijen blijkt dat de kernvraag in de onderhavige betwisting is of de uitwinningsvergoedingen moeten worden aangemerkt als loon zoals bepaald in artikel 2 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers wat een

voorwaarde is voor de toepasselijkheid van art. 19, 3°bis, Hyp. W., zoals blijkt uit de expliciete termen van deze wettelijke bepalingen;

Overwegende dat appellanten die vraag positief beantwoorden en vooral steunen op het arrest van het Hof van Cassatie van 5 december 1977, 3e Kamer, voltallige terechtzitting (*Arr. Cass.*, 1978, 403);

Overwegende dat de curator de vraag negatief beantwoordt, steunend op het motief van de eerste rechter en op het K.B. van 23 april 1979 waardoor art. 19, § 1, 3°, van het K.B. van 28 november 1969, genomen ter uitvoering van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de sociale zekerheid der werknemers, is gewijzigd;

Overwegende dat geïntimeerde het recht van appellanten op de litigieuze uitwinningsvergoedingen niet betwist aangezien hij de bevestiging van het bestreden vonnis vraagt; dat dit betekent — gelet op art. 101, eerste lid, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten — dat geïntimeerde erkent niet te (kunnen) bewijzen dat appellanten geen nadeel hebben geleden ingevolge de beëindiging van de overeenkomst; dat voormelde niet-betwisting vanwege geïntimeerde niet afgezwakt wordt door zijn onduidelijke motieven betreffende de «schadevergoeding», aangezien hij (de bevestiging van het vonnis a quo vraged) nalaat aan te tonen wat hij met deze motieven beoogt;

Overwegende dat de eerste rechter ten onrechte (o.m.) steunt op art. 16 van de wet van 30 juli 1963, deze wet opgeheven zijnde door art. 137 van de wet van 3 juli 1978;

Overwegende dat art. 19, 3°bis, eerste lid, wet voorrechten en hypotheeken ten aanzien van het begrip «loon» uitdrukkelijk verwijst naar art. 2 van de wet van 12 april 1965 (betreffende de bescherming van het loon der werknemers); dat dit artikel 2 als volgt luidt: «Deze wet verstaat onder 'loon':

1° het loon in geld waarop de werknemer ingevolge zijn dienstbetrekking recht heeft ten laste van de werkgever;

2° de *fooien of het bedieningsgeld* waarop de werknemer recht heeft ingevolge zijn dienstbetrekking of krachtens het gebruik;

3° de in geld waardeerbare voordelen waarop de werknemer ingevolge zijn dienstbetrekking recht heeft ten laste van de werkgever.

De Koning kan op voorstel van de Nationale Arbeidsraad het begrip 'loon', zoals omschreven in het eerste lid, uitbreiden.

Voor de toepassing van deze wet worden evenwel niet als loon beschouwd de vergoedingen door de werkgever rechtstreeks of onrechtstreeks betaald:

1° als vakantiegeld;

2° welke moeten worden beschouwd als een aanvulling van de vergoedingen verschuldigd ten gevolge van een arbeidsongeval of een beroepsziekte;

3° welke moeten worden beschouwd als een aanvulling van de voordelen toegekend voor de verschillende taken van de sociale zekerheid»;

Overwegende dat onmiddellijk opvalt dat de vergoedingen die thans het voorwerp van de betwisting uitmaken niet onder toepassing vallen van de drie uitsluitingen aangehaald in fine van voormelde wettelijke bepaling;

Overwegende dat deze vergoedingen onder te brengen zijn onder het 3° van het eerste deel van deze wettelijke bepalingen («de in geld waardeerbare voordelen waarop de

werknemer ingevolge zijn dienstbetrekking recht heeft ten laste van de werkgever»); dat het loon niet noodzakelijk de tegenprestatie is voor verrichte arbeid maar dat voldoende is dat de aanspraak ontstaat «ingevolge de dienstbetrekking», zodat onder loon niet alleen valt het «eigenlijke loon toegekend als rechtstreekse tegenprestatie van de verrichte arbeid, maar ook alle andere voordelen die in verband met de uitvoering, de beëindiging of de schorsing van de dienstbetrekking worden verleend zoals opzeggings- en ontslagvergoedingen wegens niet verrichten van arbeid ingevolge ziekte of gebrek aan werk, uitkeringen wegens gezinslast, uitkeringen bij beëindiging van de dienstbetrekking op een bepaalde leeftijd» (H. Lenaerts, *Inleiding tot het Sociaal Recht*, nr. 62, met aanduiding van het advies van de Raad van State);

Overwegende dat de bewering van geïntimeerde — dat art. 19, 3°bis, Hyp. W. «uitsluitend de opzeggingsvergoeding bevoorrecht verklaart bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst» — wellicht berust op een verkeerde lezing, minstens een verkeerde interpretatie van deze wettelijke bepaling;

Overwegende dat geïntimeerde ook ten onrechte aanvoert dat art. 2 van de wet van 12 april 1965 de Koning machtigt het begrip «loon» uit te breiden; dat immers, gelet op art. 2, tweede lid, 3°, van deze wet, geen uitbreiding van het begrip loon nodig is om de uitwinningsvergoeding als loon aan te merken en dat de stelling van geïntimeerde erop neerkomt dat hij dit begrip wil beperken i.p.v. uit te breiden;

Overwegende dat de berekeningswijze van de uitwinningsvergoeding, als bepaald in art. 101, derde en vierde lid, van de wet van 3 juli 1978 (d.w.z. op basis van het loon of van het commissieloon), aantoont dat de wetgever de uitwinningsvergoeding (zoals trouwens de opzeggingsvergoeding) heeft willen beschouwen als liggende in het verlengde van het loon en in ieder geval als «in geld waardeerbare voordelen waarop de werknemer ingevolge zijn dienstbetrekking recht heeft ten laste van de werkgever»;

Overwegende dat geïntimeerde ten onrechte een beroep doet op art. 19, § 1, 3°, van het K.B. van 28 november 1969, genomen ter uitvoering van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de sociale zekerheid van de werknemers en gewijzigd bij K.B. van 23 april 1979; dat immers het begrip loon in deze koninklijke besluiten — evenals de beperkingen aan en/of afwijkingen van het begrip loon in het licht van de wet van 12 april 1965 — aangewend worden uitsluitend om te bepalen welke uitkeringen aan de werknemers in aanmerking komen voor het berekenen van de sociale-zekerheidsbijdragen die aan de R.S.Z. moeten worden overgemaakt en geen invloed heeft (hebben) op het loonbegrip als omschreven in art. 2 van de wet van 12 april 1965 en supra reeds besproken;

Overwegende dat, om te beslissen of de litigieuze uitwinningsvergoedingen bevoorrecht zijn zoals appellanten aanvoeren, alleen rekening moet worden gehouden met het begrip loon in de zin van de wet van 12 april 1965, aangezien art. 19, 3°bis, Hyp. W. alleen deze wet als referentie aanduidt;

Overwegende dat uit al wat voorafgaat, blijkt dat appellanten zich terecht op het voorrecht van art. 19, 3°bis, Hyp. W. beroepen voor de uitwinningsvergoedingen;

(...)

NOOT—Het bevoorrecht karakter van de uitwinningsvergoeding

1. Bij de wet van 12 april 1965 (art. 49) werd in art. 19 Hypotheekwet een lid 3°bis ingevoegd betreffende het voorrecht van de werknemers. Na wijziging door de wet van 13 januari 1977 (*B.S.*, 25 januari 1977) luidt art. 19, 3°bis, thans als volgt: «Voor de werknemers bedoeld in art. 1 van de wet van 12 april 1965, het loon zoals bepaald in artikel 2 van genoemde wet, zonder dat het bedrag daarvan 300.000 fr. mag te boven gaan; deze beperking is niet van toepassing op de in het loon begrepen vergoedingen welke aan dezelfde personen verschuldigd zijn wegens de beëindiging van hun dienstbetrekking».

2. De vraag stelt zich of de uitwinningsvergoeding voor handelsvertegenwoordigers, zoals geregeld in art. 101 Arbeidsovereenkomstenwet, onder het voorrecht van art. 19, 3°bis, Hyp. W. valt.

Sommigen menen van niet, en zij halen hiervoor twee argumenten aan: een eerste argument wordt geput uit art. 19, § 1, 3°, van het K.B. van 28 november 1969, dat zegt dat de uitwinningsvergoeding geen loon is in de zin van art. 2 van de wet van 12 april 1965 (Verhegge G., «Enkele sociaalrechtelijke problemen als gevolg van een faillietverklaring», *R.W.*, 1983-84, 1449). Dit argument wordt terecht door het geannoteerd arrest verworpen: art. 19, § 1, 3°, van het K.B. van 28 november 1969 mag niet uit zijn context worden gelicht; deze bepaling werd genomen ter uitvoering van de aan de Koning in art. 14, § 2, van de wet van 27 juni 1969 toegekende bevoegdheid om het loon waarop de sociale zekerheidsbijdragen berekend worden, uit te breiden of te beperken (zie ook: art. 23, eerste en tweede lid, van de wet van 29 juni 1981 houdende algemene beginselen der sociale zekerheid voor werknemers). Het begrip loon in art. 19, § 1, 3°, van het K.B. van 28 november 1969 wordt uitsluitend aangewend om uit te maken welke vergoedingen in aanmerking komen voor de berekening van de sociale zekerheidsbijdragen. Het heeft geen invloed op de inhoud van het loonbegrip zoals dit wordt gedefinieerd in art. 2 van de wet van 12 april 1965. Men kan zelfs het argument uit art. 19, § 1, 3° K.B. 28 november 1968 omdraaien: de uitdrukkelijke uitsluiting van de uitwinningsvergoeding uit het loon dat tot berekeningsbasis voor de sociale zekerheidsbijdragen dient, kan enkel begrepen worden wanneer de wetgever van oordeel is dat de uitwinningsvergoeding wel degelijk loon is in de zin van art. 2 van de wet van 12 april 1965 (Crahay P. en Jadot F., «L'indemnité d'éviction du représentant de commerce», 144).

3. Het tweede argument steunt op de stelling dat er geen voorrecht is zonder uitdrukkelijke wettekst: art. 19, 3°bis, Hyp. W. verwijst enkel naar de opzeggingsvergoeding en men mag deze niet identificeren met de uitwinningsvergoeding (Kokelenberg J., «Het voorrecht van de werknemers: anders en (misschien) beter», *R.W.*, 1977-78, 603). Ook dit argument kan niet worden aanvaard: uit de tekst van art. 19, 3°bis, Hyp. W. kan niet worden afgeleid dat het ingestelde voorrecht beperkt zou zijn tot de opzeggingsvergoeding omdat de tekst slechts melding maakt van de vergoedingen die verschuldigd zijn wegens beëindiging van de dienstbetrekking. De uitwinningsvergoeding, die inderdaad een andere schade vergoedt dan de opzeggingsvergoeding, meer bepaald het specifiek nadeel dat veroorzaakt wordt

door het verlies aan cliënteel (Cass., 6 februari 1970, *Pas.*, 1970, I, 492; Cass., 15 december 1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, 433), is, onder de voorwaarden vermeld in art. 101 Arbeidsovereenkomstenwet, verschuldigd door de beëindiging van de arbeidsovereenkomst (Boes R., «De werking van enkele aspecten van de loonbescherming op de arbeidsrechtelijke verhouding tussen werkgever de werknemer», in Rigaux M. (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 341; *Arbh. Gent*, 10 maart 1975, *T.S.R.*, 1975, 304).

4. Om te beoordelen of de uitwinningsvergoeding voorrecht is, moet worden nagegaan of deze vergoeding loon uitmaakt in de zin van art. 2 van de wet van 12 april 1965. Na het cassatiearrest van 5 december 1977 bestaat hier weinig twijfel over (Cass., 5 december 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 403). In zijn conclusie constateert advocaat-generaal Lenaerts, dat er geen twijfel over bestaat dat de handelsvertegenwoordiger recht heeft op een uitwinningsvergoeding ingevolge zijn dienstbetrekking en dat deze vergoeding dan ook loon is in de zin van art. 2 van de Loonbeschermingswet. Zij kan zelfs worden beschouwd als «een tegenprestatie van arbeid die ter uitvoering van een arbeidsovereenkomst wordt verricht», wat, volgens het Hof van Cassatie (20 april 1977, *J.T.T.*, 1977, 180), uiteraard loon uitmaakt, en dus a fortiori onder de begripsomschrijving van art. 2 van de wet van 12 april 1965 valt (concl. adv.-gen. Lenaerts bij Cass., 5 december 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 406).

5. Aangezien de uitwinningsvergoeding als loon in de zin van art. 2 van de wet van 12 april 1965 moet worden aangemerkt, valt zij onder het voorrecht van art. 19, 3^o bis, Hyp. W. (cf. o.m. Crahay P. en Jadot F., o.c., 145-146; De Theux A., «Le droit de la représentation commerciale», dl. II, vol. II, 705 *Arbh. Gent*, 10 maart 1975, *T.S.R.*, 1975 304; *Arbh. Luik*, 22 november 1978, *R.R.D.*, 1979, 752; *Kh. Luik*, 21 mei 1973, *Jur. Liège*, 1973-74, 752; *Arbrb. Antwerpen*, 10 november 1981, onuitg., A.R. 97.955; *Arbrb. Hasselt*, 26 februari 1983, *J.T.T.*, 1983, 189; *Arbrb. Kortrijk*, 25 november 1983, onuitg., A.R. 12.258)

D. Ryckx

ARBEIDSRECHTBANK TE TONGEREN

KORT GEDING — 11 DECEMBER 1984

Voorzitter : de h. Michiels

Advocaten : mrs. Colette en Debaenst loco Vanagt

Burgerlijke rechtspleging — Kort geding — Pensioenen werknemers — Voorzitter arbeidsrechtbank — Bevoegdheid — Urgentie — Begrip.

De voorzitter van de arbeidsrechtbank is bevoegd om bij voorraad uitspraak te doen in een zaak betreffende de uitbetaling van pensioenen waarop de gerechtigde aanspraak kan maken of meent te kunnen maken.

Nu een rust- of overlevingspensioen in de plaats moet komen van het loon of van een ander vervangingsinkomen en de gerechtigde ten deze belangrijke pensioensommen te goed heeft, beschouwt de voorzitter de zaak als spoedeisend.

I. t/ Rijkskas voor Rust- en Overlevingspensioenen

Overwegende dat de dagvaarding ertoe strekt verweerder te doen veroordelen tot betaling van de som van 200.000 frank als provisie;

Overwegende dat aan eiser, bij beslissing van de Rijksdienst voor Werknemerspensioenen betekend op 2 augustus 1984, een rustpensioen is toegekend ten bedrage van 276.401 frank vanaf 1 april 1984 (index 295,42) plus een verwarmingstoelage van 12.569 frank vanaf dezelfde datum, met indexering;

Overwegende dat de Rijkskas voor Rust- en Overlevingspensioenen, het uitbetalingsorganisme, op 17 oktober 1984 per briefkaart (voorgedrukt formulier) aan eiser liet weten : «Aangezien er op het uitbetalingsmandaat een onnauwkeurigheid werd vastgesteld, hebben mijn diensten zich verplicht gezien dit document, met het oog op een gebeurlijke verbetering, naar het toekenningsorganisme terug te zenden. Zodra de R.R.O.P. opnieuw in het bezit is van het betalingsmandaat, zal zij U de verschuldigde pensioentermijnen bij voorrang uitbetalen»;

Overwegende dat eiser uiteenzet dat hij tot op de dag van de dagvaarding, ondanks talrijke voetstappen en onder meer de tussenkomst van een politieke gezagsdrager, niet het minste vooruitzicht kreeg op een datum waarop werkelijke uitbetaling van het rustpensioen zal volgen, of een gedeelte of ten minste enig voorschot zou kunnen worden uitbetaald;

Overwegende dat verweerder de bevoegdheid van de voorzitter zitting houdende in kort geding betwist omdat er volgens hem geen urgentie zou zijn;

Overwegende dat pensioenen uiteraard dienen voor het levensonderhoud van personen, ter vervanging van lonen of andere vervangingsinkomen, en uiteraard dringend zijn; dat eiser daarbij een veroordeling tot een provisie vraagt; dat volgens artikel 584, tweede lid, Gerechtelijk Wetboek, de voorzitter van de arbeidsrechtbank bij voorraad uitspraak kan doen in gevallen die hij spoedeisend acht, in aangelegenheden die tot de bevoegdheid van deze rechtbank behoren, hetgeen hier het geval is;

Overwegende dat bij de behandeling op de zitting van 20 november 1984 werd aangekondigd dat een betalingsmandaat van circa 80.000 frank onderweg zou zijn; dat op de zitting van 27 november 1984 gemeld werd dat het betalingsmandaat bij eiser inmiddels was aangekomen;

Overwegende dat verweerder als reden van het uitstellen van de uitbetaling doet gelden dat er een bepaald bedrag te veel uitgekeerde werklozenvergoeding afgetrokken diende te worden; dat echter als vaststaande kan worden beschouwd dat eiser, alleszins op de datum van de dagvaarding een belangrijke som te goed had, wat bewezen wordt door het na dagvaarding uitgeschreven betalingsmandaat van meer dan 80.000 frank;

Overwegende dat de principes van een goed en zorgvuldig landsbestuur ongetwijfeld niet toelaten dat rustpensioenen, die beschouwd moeten worden als een eerste levensnoodwendigheid, gedurende drie en een halve maand, zelfs voor een klein of onbetwistbaar gedeelte, niet uitbetaald worden, zij het als voorschot;

Overwegende dat het standpunt van verweerder dat eiser, pensioengerechtigde, zich maar diende te wenden tot het O.C.M.W. van zijn gemeente, verwerpelijk is; dat het

eveneens onaanvaardbaar is dat een openbaar orgaan zoals de R.R.O.P., slechts sommen uitkeert waarop de burger recht heeft, nadat er gedagvaard en nadat politieke personen zijn tussenbeide gekomen; dat de pensioengerechtigde recht heeft op uitkeringen zonder hiervoor eerst stappen te moeten doen bij politieke personen;

Overwegende dat de R.R.O.P. voorts stelt dat eiser tot de kosten dient te worden veroordeeld omdat hij het aandurft te dagvaarden voor de rechtbank, waardoor de administratie veel bijkomend werk heeft moeten verrichten, het onderzoek van andere dossiers vertragen enz.;

Overwegende dat in een rechtsstaat de mogelijkheid een beroep op de rechterlijke macht te doen essentieel is, wanneer de burger niet effectief verkrijgt waarop hij recht heeft of meent te hebben; dat overigens het inmiddels uitbetalen van meer dan 80.000 frank aan achterstallig pensioen, eventueel als voorschot, voldoende bewijst dat eiser wel degelijk recht had op deze uitkering of minstens op uitkering van een som om te voldoen aan de eerste levensbehoeften;

Overwegende dat de kosten van de vordering, die wel degelijk gegrond en ontvankelijk is, ten laste van verweerder dienen te blijven volgens artikel 1017, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek;

(...)

POLITIETRECHTBANK TE ANTWERPEN

21 DECEMBER 1983

Rechter: de h. De Munck

Advocaten: mrs. Marinower loco Dinot en Van Doosselaere

Wegverkeer — Verkeersgeleiders — Begrip.

De afgetekende parkeerstroken, die zich in het midden van de Oude Vaartplaats te Antwerpen bevinden en die op bepaalde plaatsen onderbroken zijn door doorsteekruimten, kunnen niet worden aangemerkt als verkeersgeleiders. Het enige doel ervan is op ordelijke wijze parkeerplaatsen te scheppen.

R. t/ B.

A. Overtreding van art. 9.6 van het Wegverkeersreglement

Aan gedaagde werd door het openbaar ministerie ten laste gelegd overtreding van voornoemd artikel, dat luidt:

«Behoudens plaatselijke reglementering moet elke bestuurder de inrichtingen bestemd om het verkeer te leiden zoals zuilen en verkeersgeleiders aan zijn linkerhand laten.

Hij moet ook de vluchtheuvels aan zijn linkerhand laten tenzij wanneer de behoeften van het verkeer het rechtvaardigen deze aan zijn rechterhand te laten.

Het is duidelijk dat het tweede lid van art. 9.6 ter zake geen toepassing vindt.

Art. 9.6, eerste lid, voert het begrip verkeersgeleider in, dat overigens niet omschreven wordt in het K.B. van 1 december 1975.

Art. 77.4 geeft — en dit is het enige geval in het Wegverkeersreglement — evenwel een voorbeeld van een verkeers-

geleider namelijk witte evenwijdige schuine strepen, die verplicht aan de linkerhand van de bestuurders moeten worden gelaten.

Verkeersgeleiding zou men kunnen bepalen als: het in een bepaalde richting leiden van het verkeer door middel van verkeersstrepen en verkeerstekens (zie o.m. Grote Nederlandse Larousse Encyclopedie, deel 24, p. 263).

In het oud art. 12.2 van het K.B. van 8 april 1954 kwam de term verkeersgeleider niet voor doch wel «alle andere inrichtingen (buiten de uitdrukkelijk genoemde zuilen en vluchtheuvels), die geplaatst werden om het verkeer te kanaliseren.»

Onder de uitdrukking verkeersgeleiders schijnen de opstellers van het Wegverkeersreglement te hebben bedoeld: verplaatsbare kegels, sommige verhoogde pleintjes en verkeersgeleidende eilandjes of in de weg geplaatste zuilen met lichtkop of voorzien van reflecterende produkten.

Zo besliste het Hof van Cassatie dat een verhoogd en driehoekig vlak, aangebracht om het verkeer in twee richtingen te splitsen, een inrichting kan zijn voor het kanaliseren van het verkeer (Cass., 18 juni 1959, R.G.A.R., 1959-60, 5914).

Zuilen geplaatst op stoepen voor tramreizigers zijn niet bedoeld om het verkeer te geleiden (Hof Brussel, 2 februari 1956, B.A., 1956, 289).

In het onderhavig geval kunnen de afgetekende parkeerstroken, die zich in het midden van de Oude Vaartplaats bevinden en die op bepaalde plaatsen onderbroken zijn door doorsteekruimten, zoals op de plaats waar het ongeval gebeurde, niet aangemerkt worden als verkeersgeleiders: het enige doel ervan is op ordelijke wijze parkeerplaatsen te scheppen.

B. Overtreding van art. 12.3.1 van het Wegverkeersreglement

De plaats waar het ongeval gebeurde, namelijk de Oude Vaartplaats, kan niet beschouwd worden als een plein als bepaald in art. 2.9 van het Wegverkeersreglement.

Het verkeer aldaar is immers gekanaliseerd in rijbanen met een verplichte richting, welke gescheiden zijn door een afgebakende parkeerstrook.

Het principe van de voorrang van rechts geldt aan de dwarsverbindingen van de openbare weg met meerdere rijbanen.

Gedaagde, die uit de H. Van Heurckstraat kwam gereden richting Maria Pypelincstraat, was derhalve in principe de voorrang rechts verschuldigd ten opzichte van bestuurster V., die de dwarsverbinding ter hoogte van de Nieuwe Stad was ingereden.

Gedaagde verwijt deze bestuurster echter een miskenning van art. 19.3.5, waarbij een bestuurder, die naar links afslaat zijn beweging zo ruim mogelijk moet uitvoeren.

De verklaringen van de in dit ongeval betrokken partijen zijn echter op dit punt tegenstrijdig en er bestaat geen enkele objectieve aanwijzing, die de versie van de een of de andere geloofwaardiger maakt.

Overigens dient te worden opgemerkt dat bestuurster V. normalerwijze geen verkeer van links kon of moest verwachten daar op de rijbaan, die zij wilde oprijden, het verkeer uitsluitend gekanaliseerd is in de richting Frankrijklei.

Hoewel voor de bestuurders, die uit de H. Van Heurckstraat gereden komen, geen verkeerstekens staan, die ver-

bieden links af te slaan of verplichten rechts af te slaan, of wegmarteringen in die zin zijn aangebracht, heeft gedaagde, die woonachtig is in de H. Van Heurckstraat en derhalve zeer goed bekend met de verkeersproblematiek ter plaatse, hoe dan ook, zij het slechts enkele meters, tegen het verkeer ingereden, en had zij derhalve een dubbele en bijzondere aandacht aan de dag moeten leggen bij het naderen en oprijden én van de rijbaan én van de doorsteekruimte.

Ondanks het verhoogd risico, dat gedaagde genomen had, heeft zij niet tijdig het van rechts komende voertuig, bestuurd door V., opgemerkt, waarvan met geen enkel sluitend objectief element gezegd of aangetoond kan worden dat het niet op reglementaire wijze van rechts kwam.

De overtreding van art. 12.3.1 is dan ook ten laste van gedaagde genoegzaam bewezen. De overtreding van art. 9.6 is niet bewezen.

(...)

NOOT—Bovenstaand vonnis is bevestigd door Corr. Antwerpen, 24 februari 1984.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof Brussel (6e Kamer), 23 maart 1983

Koop — Verkoop van dier bestemd voor slachting — Ongeschikt voor het verbruik — Dwaling — Keuze van rechtsvorderingen voor de koper — Nietigverklaring volgens het gemene recht of volgens de wet van 3 juli 1894.

Behoudens wat de kosten aangaat, bevestigt het hof het vonnis van de eerste rechter (Kh. Brussel, 8 november 1977):

«Overwegende dat de eerste rechter terecht op grond van pertinente motieven, welke het hof beaamt en door de conclusie van appellant niet afdoende worden weerlegd, de vordering tot betaling van 9.550 fr. als saldo voor levering en verkoop van de stier op 21 januari 1975 in de slachthuizen te Anderlecht en van 5.000 fr. wegens roekeloos verweer ongegrond heeft verklaard;

«Overwegende dat appellant immers tevergeefs opwerpt dat geïntimeerde 'door een schuldvergelijking ten bedrage van 9.550 fr. te willen doorvoeren, een incidentele tegeneis instelde op basis van de artikelen 1641 en volgende van het Burgerlijk Wetboek, terwijl ter zake de wet van 25 augustus 1885 betreffende de koopvernietigende gebreken ongetwijfeld van toepassing is';

«Overwegende nochtans dat geïntimeerde in zijn eerste aanvullende conclusie voor de eerste rechter, op ondubbelzinnige wijze stelde dat hij zijn verweer en zijn impliciete tegeneis baseerde op de ontbinding, ex tunc, van de koopovereenkomst op grond van het gebrek in de toestemming aan zijn kant en op het bedrog aan de kant van appellant;

«Overwegende dat door de aankoop van een dier dat bestemd is voor de slachting en dat ongeschikt wordt bevonden voor het verbruik, de koper in dwaling wordt gebracht en hij de keuze heeft: hetzij de koopvernietiging te vragen

overeenkomstig de voorschriften van de wet van 3 juli 1894, die artikel 13 van de wet van 25 augustus 1885 verving, hetzij de nietigheid van de verkoop te vervolgen overeenkomstig de bepalingen van het gemene recht, in welk geval de rechtsregels van de wetten van 25 augustus 1885 en 3 juli 1894 niet hoeven nageleefd te worden (Antwerpen, 10 januari 1979, *R.W.*, 1979-80, 127);

«Overwegende dat hieruit voortvloeit dat het oorspronkelijk verweer van geïntimeerde niet roekeloos noch tergend was en derhalve de door appellant gevorderde schadevergoeding ten bedrage van 5.000 fr. ter zake als ongegrond werd afgewezen door de eerste rechter, te meer daar niet betwist wordt dat de eerste factuur nr. 2061 van 21 januari 1975, waarop de vermelding 'voldaan' voorkomt betreffende de litigieuze levering van de stier op 21 januari 1975 niet vóór de dagvaarding in handen is geweest van geïntimeerde, maar dat deze factuur, overeenkomstig de gebruiken ter zake van betaling in de slachthuizen van Anderlecht, in handen van de bankier van appellant is gebleven;

«Overwegende dat niet betwist wordt dat geïntimeerde het bedrag van 30.629 fr. (40.190 - 9.550) betaalde op 28 augustus 1975, d.i. na de dagvaarding van 9 april 1975;

«Overwegende dat, aangezien voormelde factuur nr. 2026 niet aan geïntimeerde was bezorgd vóór de dagvaarding, hij gerechtigd was een nieuwe factuur te eisen en bij wijze van schuldvergelijking, overeenkomstig artikel 1291 van het Burgerlijk Wetboek, slechts voormeld niet betwist bedrag van 30.629 fr. te betalen;

«Overwegende dat geïntimeerde niet gehouden is vergoedende interesten sedert de datum van de ingebrekestelling van 31 januari 1975 te betalen, noch gerechtelijke interesten, daar geïntimeerde gerechtigd was het bedrag van 9.550 fr. af te houden van de prijs van 40.190 fr. wegens de gedeeltelijke afkeuring van het vlees van de stier, door de vleeskeurder, op 12 november 1974, welke afkeuring overeenstemt met dit bedrag an 9.550 fr.;

«Overwegende ten slotte dat het incidenteel beroep van geïntimeerde gegrond is, daar de eerste rechter ten onrechte de helft van de kosten van de rechtspleging te zijnen laste legde;

«Overwegende immers dat geïntimeerde onmiddellijk het bedrag van 30.629 fr. betaalde nadat hem een tweede en regelmatige factuur was overgelegd.»

(Voorzitter: de h. Deviaene — Raadsheren: de hh. Van Malderen en Verougstraete — Advocaten: mrs. Vanderhoeven loco Vanderhasselt en Verbaanderd — In de zaak: Van C. t/ De V.)

NOOT—Zie in dezelfde zin Vranken, F., *Koop en ruil van dieren — Vrijwaring en aansprakelijkheid*, A.P.R., Gent-Leuven, Story-Scientia, 1979, 185-188, nrs. 281-285 en 193-201, nrs. 281-285 en 193-201, nrs. 290-300; Hof Antwerpen, 10 januari 1979, *R.W.*, 1979-80, 127.

Hof Antwerpen (6e Kamer), 25 maart 1983

1. Onrechtmatige daad — Schade en schadeloosstelling — Vergoedende interest — Aanvangsdatum — Integrerend deel van de schadevergoeding — Rentevoet — 2. Nakoming van verbintenissen — a) Betaling —

Verbintenissen uit onrechtmatige daad — Uitkering van provisie — Aanvaarding door de benadeelde — Toerekening van betaling — Toepassing van art. 1254 B.W. — b) Termijnen van respijt — Slechts toepasselijk op verbintenissen uit overeenkomst.

Recht doende op de vordering van de burgerlijke partij, wijzigt het hof op de volgende gronden het vonnis van de eerste rechter (Corr. Antwerpen, 13 maart 1982):

Wat de vergoedende interesten betreft

«Overwegende dat verwezene en de vrijwillig tussenkomende partij geen bezwaar uiten tegen het ingaan ervan vanaf de datum van het ongeval, zoals door de burgerlijke partij gevorderd; dat de interesten op de vergoeding wegens blijvende arbeidsongeschiktheid echter pas kunnen ingaan op de datum waarop deze schade verwezenlijkt was, namelijk 6 mei 1980;

«Overwegende dat, wat de gevorderde kapitalisatie betreft, artikel 1154 van het Burgerlijk Wetboek weliswaar niet toepasselijk is op verbintenissen uit een misdrijf (Cass., 29 oktober 1956, *Pas.*, 1957, I, 202) maar dat de vordering van de burgerlijke partij een nodeloos ingewikkelde innovatie is aangezien, bij aansprakelijkheid buiten overeenkomst, de interesten slechts vormen van schadevergoeding zijn, zodat het volstaat dat de rechter bij het begroten ervan op integrale vergoeding van de schade waakt;

«Overwegende dat wel te overwegen is dat, indien de vergoeding zou uitgekeerd worden zohast de schade bestaat, of indien de interesten erop jaarlijks zouden uitgekeerd worden, het slachtoffer deze inkomsten zou kunnen beleggen, terwijl, in de laatste veronderstelling, de hoofdsom tevens zou voortgaan interesten te baren;

«Overwegende dat integrale schadevergoeding echter eveneens te bereiken is door een billijke aanpassing van de rentevoet;

«Overwegende dat, gelet op de wettelijke rentevoeten van 8 % en 12 %, respectievelijk toepasselijk vóór en na 1 augustus 1981, het ten deze zal volstaan de vergoedende interesten tot 31 juli 1981 aan te rekenen tegen 10 % en van 1 augustus 1981 af tegen 12 %; dat de burgerlijke partij trouwens reeds een bijkomende compensatie put uit het feit dat de interesten op haar schade uit de tijdelijke arbeidsongeschiktheid toegekend zijn vanaf de dag van het ongeval hoewel die schade pas in haar geheel verwezenlijkt was op 5 mei 1980;

«Overwegende dat mitsdien de schade integraal en passend vergoed zal zijn;

Wat de toerekening betreft

«Overwegende dat niet betwist wordt dat aan de burgerlijke partij provisie uitgekeerd werden van 20.000 frank en van 30.000 frank; dat de laatste uitkering geschiedde via een brief van de raadsman van verwezene vermeldend dat dit het bedrag was dan niet betwist werd; dat de burgerlijke partij zonder meer de bijgevoegde cheque aanvaard en verzilverd heeft;

«Overwegende dat verwezene en de vrijwillig tussenkomende partij hieruit afleiden dat het een afkorting op de hoofdsom betrof;

«Overwegende dat de uitkering van een provisie niet hetzelfde is als de uiteindelijke aanrekening ervan;

«Overwegende dat de schadevergoeding uit onrechtmatige daad in wezen één enkele schuld uitmaakt, weliswaar

met verschillende takken waaronder de verwijlinteressen die er integrerend deel van uitmaken.

«Overwegende dat het probleem van de imputatie zich derhalve slechts voordoet voor zover, zoals ten deze, de schuldeiser een gedeeltelijke betaling ervan aanvaard heeft (Laurent, XVII, nr. 600; De Page, III, nrs. 487-488);

«Overwegende dat, in 't laatste geval en behoudens andersluidende overeenkomst tussen partijen, artikel 1254 van het Burgerlijk Wetboek voorschrijft dat de gedeeltelijke betaling eerst op de interesten dient te worden toegerekend en vervolgens op het kapitaal;

«Overwegende dat uit de woorden 'het niet betwist bedrag' niet kan worden afgeleid dat iets anders zou bedoeld zijn dan 'het niet betwist deel van de gevorderde schadevergoeding' waarvan ook de interesten integrerend deel uitmaken;

«Overwegende dat, nu de schuldenaar niet duidelijk gespecificeerd heeft dat hij slechts een gedeelte van de hoofdsom wenste te voldoen en dat zijn uitkering tot de hoofdsom beperkt moest blijven, niet kan besloten worden dat de schuldeiser zulk een beperking stilzwijgend zou hebben aanvaard;

«Overwegende dat de toerekening dus behoort te geschieden zoals door de burgerlijke partij gevorderd;

Termijnen van respijt

«Overwegende dat het door de verwezene gevraagd gemak van betaling niet kan worden toegestaan daar artikel 1244 van het Burgerlijk Wetboek uitsluitend de verbintenissen uit overeenkomsten betreft en, als afwijking van het gemene recht, van strikte toepassing is.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Ceulemans — Raadsheeren: de hh. Bijl en Colla — Advocaat-generaal: de h. Vellemans — Advocaten: mrs. Leclef, De Doncker, Pauwels loco Bonjé en Tasnier loco Tielemans — In de zaak: Van de S. en N.V. De V. t/ P. en N.V. A.)

Hof Brussel (3e Kamer), 7 maart 1984

Burgerlijke rechtspleging — Materiële bevoegdheid — Voorlopige maatregelen bij de omzetting van de scheiding van tafel en bed in echtscheiding — Vrederechter.

«Overwegende dat bij vonnis van 13 juni 1975 de scheiding van tafel en bed tussen partijen toegelaten werd ten nadele van François De W.;

«Dat het beschikkend gedeelte van dit vonnis op 10 maart 1976 overgeschreven werd op de registers van de burgerlijke stand;

«Overwegende dat François De W., bij dagvaarding voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel van 15 november 1983 de omzetting nastreeft van de scheiding van tafel en bed in echtscheiding; dat deze zaak thans aanhangig is;

«Overwegende dat de onderhavige vordering van François De W., die voor de voorzitter van voormelde rechtbank ingeleid is op 2 december 1983, ertoe strekt te doen zeggen dat het vonnis tussen partijen gewezen door de vrederechter van het eerste kanton Schaarbeek op 14 oktober 1981 geen uitwerking meer zal hebben en namelijk dat er geen aanleiding is om de verzoekende partij te veroordelen tot betaling van een uitkering tot levensonderhoud ten be-

hoeve van Gabrielle P. en van het gemeenschappelijk kind van partijen;

«Overwegende dat appellante terecht opwerpt dat de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg ter zake niet bevoegd is;

«Overwegende inderdaad dat artikel 1280 Ger. W. niet vermeld wordt in art. 1309 Ger. W., welke wetsbepaling de op de omzetting van de scheiding van tafel en bed in echtscheiding toepasselijke beschikkingen opsomt (vergelijk art. 1306 Ger. W. m.b.t. de scheiding van tafel en bed);

«Overwegende dat ten deze derhalve de gemeenrechtelijke procedure toepasselijk is, met uitsluiting van de bijzondere regelen eigen aan de echtscheidingsprocedure (De Pagne, I, nr. 1014bis; *R.P.D.B.*, Compl. VI, Tw. Puissance paternelle, nr. 122; *R.P.D.B.*, Compl. I, Tw. Divorce et séparation de corps, nr. 562 in fine);

«Overwegende dat de eerste rechter zich bijgevolg onbevoegd had dienen te verklaren, zoals de oorspronkelijke verweerster, thans appellante, het hem had gevraagd.»

(Voorzitter: de h. Kebers — Raadsheren: mevr. Declercq en de h. Jans — Advocaten: mrs. Nieuwdorp en Van der Straeten — In de zaak: P. t/ D.W.)

NOOT—In dezelfde zin: Laenens, J., «Overzicht van de rechtspraak (1970-1978), De bevoegdheid», *T.P.R.*, 1979, 275, nr. 46.

Hof Antwerpen (3e Kamer), 6 november 1984

Burgerlijke rechtspleging — Echtscheiding — Op grond van bepaalde feiten — Voorlopige maatregelen — «Le criminel tient le civil en état» — Niet toepasselijk.

Tijdens een echtscheidingsgeding werd een wijziging van het hoede- en bezoekrecht over de kinderen gevorderd ingevolge feiten waarover een opsporingsonderzoek hangende is. De verweerder vorderde de schorsing van de procedure in afwachting van een definitieve beslissing over de strafvordering.

«Overwegende dat voormeld principe, neergelegd in artikel 4 van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, enkel betrekking heeft op de berechting van de burgerlijke rechtsvordering en niet op de uitoefening ervan; dat de schorsing enkel geldt voor het eindvonnis over de burgerlijke eis; dat vonnissen alvorens recht te doen en voorlopige maatregelen niet verboden zijn; dat deze maatregel, te treffen door de voorzitter in kort geding met toepassing van artikel 1280 van het Gerechtelijk Wetboek, een voorlopige maatregel betreft die de grond van het hoede- en bezoekrecht niet raakt; dat er derhalve geen aanleiding bestaat tot schorsing.»

(Voorzitter: mevr. de Man — Raadsheren: de hh. Van Nuffel en Van Coppenolle — Eerste advocaat-generaal: de h. Odeurs — Advocaten: mrs. Bastaens en Coel — In de zaak: R. t/ S.)

Rb. Mechelen (1e Kamer), 23 februari 1984

Verzekering — Brand — Eigen gebrek — Art. 18 Verzekeringswet niet toepasselijk — Verzwaring van risico — Ontbreken van brandblusapparaten — Bewijs.

V., huurder van een huis waarin brand is uitgebroken, is door de verzekeraar van de verhuurder gedagvaard en heeft zijn verzekeraar D. in vrijwaring geroepen. Na de hoofdvordering gegrond te hebben verklaard, beslist de rechtbank dat de eis tot vrijwaring ontvankelijk is. Over de grondigheid wordt als volgt geoordeeld:

«In haar brief van 28 juli 1981 aan V. doet D. gelden dat volgens de polis haar verzekerde zich tot bepaalde veiligheidsmaatregelen had verplicht, die niet werden nagekomen. Er zou derhalve een verzwaring van het risico geweest zijn. Haar weigering tot regeling grondde zij op de artt. 18 en 31 van de wet van 11 juni 1874. Bovendien werd verwezen naar een art. 8A; het is evenwel onduidelijk gebleven wat daarmee bedoeld is.

«Daar het ter zake gaat over de schade aan het onroerend goed, is art. 18 niet van toepassing, krachtens art. 35 van dezelfde wet (Vandeputte, R., *Inleiding tot het verzekeringsrecht*, Antwerpen, Standaard, 1978, p. 134-135).

«Wat betreft de toepassing van art. 31, rust op de verzekeraar de bewijslast van zijn bewering. Hij moet bewijzen dat de verzwaring van het risico van die aard was dat de verzekeraar in de overeenkomst niet zou hebben toegestemd of slechts onder andere voorwaarden zou hebben gecontracteerd (Cass., 3 november 1955, *Pas.*, 1959, I, 204).

«D. levert dit bewijs niet afdoende. De eenzijdige vaststellingen van haar deskundige vinden slechts steun in het strafdossier dat geseponeerd werd wat betreft het ontbreken van brandblusapparaten. Het verslag van de door het parket aangestelde deskundige wordt evenwel niet overgelegd, zodat onmogelijk nagegaan kan worden of het ontbreken van deze apparaten tot gevolg heeft gehad dat de brand zich kon uitbreiden zoals de ramp zich voordeed.

«Het is dan ook niet bewezen dat een daad van de verzekerde de risico's door het veranderen van een essentiële omstandigheid, heeft gewijzigd of ze zodanig verzaamd heeft dat, had de nieuwe toestand bestaan op het ogenblik van de overeenkomst, de verzekeraar niet of alleen tegen andere voorwaarden in de verzekering zou toegestemd hebben. D. is derhalve gehouden V. te vrijwaren.»

(Voorzitter: de h. Wauters — Rechters: de hh. Auroousseau en Hellemans — Advocaten: mrs. Rosenoer, Hermans en Maerten — In de zaak: Coöp. V. C. t/ V. en V. t/ N.V. D.)

Rb. Mechelen (1e Kamer), 28 februari 1984

Verzekering — Motorrijtuigen — Aanvankelijke verzekering voor motor — Gelijktijdig bezit, gedurende twee maanden, van een motor en van een auto — Auto geen vervangingsvoertuig.

Op 25 juni 1973 werd geïntimeerde door appellante verzekerd voor een motor. Uit de bijvoegsels van de polis blijkt dat op 31 mei 1976 een vervangende motor werd aan-

gekocht en vervolgens nog een andere op 16 februari 1977. Het contract werd op 22 augustus 1977 geschorst omdat de motor uit het verkeer werd genomen. Maar geïntimeerde was met ingang van 1 juli 1977 verzekerd bij een andere verzekeraar voor een personenwagen B.M.W. Appellante beweert dat dit een vervangingsvoertuig is.

«Overwegende dat uit de feitelijke gegevens blijkt dat geïntimeerde gedurende praktisch twee maanden gelijktijdig verzekerd was voor een motor en een personenwagen; dat uit deze omstandigheid geenszins kan worden afgeleid dat de personenwagen een vervangingsvoertuig was; dat het immers niet ongebruikelijk is dat een jonge man, tewerkgesteld in een garage, tegelijkertijd in het bezit is van een auto en een motor; dat geenszins bewezen is dat geïntimeerde de bedoeling had het ene voertuig door het andere te vervangen; dat de rechtspraak van de juridische commissie van B.V.V.D. niet tegengeworpen kan worden aan geïntimeerde en geenszins bindend is voor de rechtbank.»

(Voorzitter: de h. Wauters — Rechters: de hh. Simons en Van de Walle — Advocaten: mrs. Verhaaren en Keirsmaekers — In de zaak: N.V. L. t/ D.)

Vred. Gent, (7e Kanton), 28 februari 1983

Bewijs — Onderhandse akte — Huur — Geen eigenhandig geschrift of vermelding «Gelezen en goedgekeurd» vereist — Aantal exemplaren — Verhuring aan echtpaar — Eén exemplaar voldoende — Borgstelling van derde — Geen eigen exemplaar vereist.

Toen de eisers door bemiddeling van een woningbureau in oktober 1980 een appartement verhuurden aan de eerste twee verweerders, de echtgenoten De S., werd van de overeenkomst een akte opgemaakt waarin derde verweerder zich hoofdelijk aansprakelijk verklaarde voor het naleven van de overeenkomst.

«Verweerders beweren dat het oorspronkelijk huurcontract niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 1325 B.W. omdat, zo ze wel de bijzondere voorwaarden hebben ondertekend, één van hen de handtekening niet liet voorafgaan door het eigenhandig geschreven 'Gelezen en goedgekeurd', en in elk geval de algemene voorwaarden achteraan wel werden ondertekend maar geenszins werden voorafgegaan door de vermelding 'Gelezen en goedgekeurd'.

«Bovendien werden er niet zoveel exemplaren opgesteld als er partijen met een onderscheiden belang zijn, aangezien er slechts vier exemplaren werden opgesteld en de borg geen exemplaar ontving.

«Verweerders houden dan ook staande dat er wel een huurovereenkomst tot stand kwam, maar dan op de algemeen geldende voorwaarden van alle huurovereenkomsten, zonder dat de bijzondere bedongen algemene voorwaarden van de huurceel van toepassing zouden kunnen zijn.

«Bovendien, stellen ze, kan geen hoofdelijkheid ingeroepen worden.

«Een wederkerige overeenkomst, zoals een huurovereenkomst, wordt bewezen door een onderhandse akte die ondertekend is, zonder dat het geschrift eigenhandig moet zijn zoals voor dat van de schuldenaar van een eenzijdige verbintenis en zonder dat de handtekening van de schulde-

naar voorafgegaan moet worden door de eigenhandig geschreven vermelding 'Gelezen en goedgekeurd'. Wanneer op de huurceel op de eerste en de laatste bladzijde inderdaad de gedrukte vermelding 'Gelezen en goedgekeurd' voorkomt, is deze overbodig. Ze is alleen nodig in zoverre er een eenzijdige verbintenis in de wederkerige overeenkomst zou bestaan.

«Ten onrechte werpen verweerders dan ook op dat de algemene voorwaarden, die in kleine tekst op de bijzondere voorwaarden volgen en waarin naar de bijzondere voorwaarden wordt verwezen, niet van toepassing zouden zijn op de aangegane verbintenissen. Er werd volledig voldaan, wat de rechtsgeldigheid van de onderhandse akte betreft, aan alle vereisten van artikel 1325 B.W.

«Er werden vier exemplaren opgesteld en het blijkt wel juist dat derde verweerder, als borg, geen exemplaar ontving. Een eerste exemplaar was bestemd voor eisers, vertegenwoordigd door het woningbureau, een tweede voor de huurders, een derde voor de registratie. Het is juist dat vermeld wordt dat het vierde exemplaar bestemd is voor het woningbureau. Nu zijn de belangen van eisers en van het woningbureau, dat eisers vertegenwoordigt, strikt juridisch genomen ten aanzien van de huurverbintenissen dezelfde, of beter, het woningbureau wordt geen partij in de huurovereenkomst. Eerste twee verweerders moesten maar één origineel ontvangen aangezien zij hetzelfde belang hadden. Er was dus wel een origineel dat aan de derde verweerder, als borg, kon worden overhandigd. De vraag of hij het ontving of vroeg doet geen afbreuk aan de rechtsgeldigheid.

«Ongeacht wat hierboven werd gezegd betreffende het verschil tussen het bestaan en de vermelding van het juist aantal exemplaren als er partijen zijn met een verschillend belang, het enige wat artikel 1325 B.W. vereist, houden eisers bovendien voor dat tussen hoofdelijk verbonden schuldenaars geen onderscheid belangen bestaan en dat zij worden geacht dezelfde belangen te hebben, wat verweerders ontkennen. Er bestaat onbetwistbaar een verschillend belang tussen de hoofdschuldenaars, ten deze de twee eerste verweerders, en de solidaire borg, aangezien zijn verbintenis bijkomend blijft. Wat hij niet kan is een betwisting of deelbaarheid van de schuld inroepen, maar dit wijzigt niets aan het accessoir karakter van zijn verbintenis. In de onderlinge betrekkingen tussen de schuldenaars die zich allen hoofdelijk verbonden ten aanzien van de schuldeisers, liggen de belangen geheel anders wanneer blijkt dat slechts één der schuldenaars belang had bij de zaak waarvoor de hoofdelijkheid is aangegaan, wat overigens uitdrukkelijk bepaald wordt door artikel 1216 B.W. Maar ook ten aanzien van de schuldeiser blijft het subsidiair karakter van de verbintenis van de borg gelden, zodat, zo de borg voor het geheel gehouden is, hij zonder enige discussiemogelijkheid of beroep of deelbaarheid blijft (De Page, VI, 840, 943 e.v.). Dat sluit niet uit dat hij samen met de anderen rechtstreeks kan worden aangesproken. Wanneer de borg zich hoofdelijk verbonden heeft met de schuldenaar worden de gevolgen van zijn verbintenissen geregeld naar de beginselen die ten opzichte van de hoofdelijke schulden zijn vastgesteld (artikel 2021 B.W.), zodat de schuldeiser zowel de hoofdschuldenaar als de hoofdelijke borg kan aanspreken voor de gehele schuld. Ook het gezag van het gewijsde verkregen ten opzichte van één van hen die zich medeverbon-

den hebben, kan aan de borg worden tegengeworpen (Cass. fr., 6 januari 1919, *D.*, 1923, I, 112). Derde verweerder moest niet vooraf in gebreke worden gesteld.

«Er werd dan ook ten aanzien van alle verweerders voldaan aan de vereisten van artikel 1325 B.W.

«Verweerders werpen nog op dat de algemene voorwaarden niet van toepassing zijn omdat zij de tijd niet hadden ze te lezen. Elke partij moet de verbintenissen die ze per geschrift aangaat kennen en blijft gehouden door alle bepalingen van het geschrift.

«Ten slotte verbindt de solidaire borg van een huurovereenkomst zich tot alle verbintenissen die eruit voortvloeien en tot alle mogelijke schulden, ook die welke het gevolg zijn van een eenzijdige huurverbreking. Het is juist met dit doel dat een borg geëist wordt.»

(Rechter: de h. Van Malderen — Advocaten: mrs. Heymans loco Beele en Van de Gehuchte — In de zaak: B. en C. t/ De S. e.a.)

NOOT—De Page, VI, nr. 838: «Du caractère unilatéral du cautionnement, il se déduit que l'article 1325 (règles des doubles) n'est pas applicable à notre contrat, mais que l'article 1326 l'est.»

EUROPEES RECHT

Overzicht van rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

Zaak 272/83 (Voltallig Hof) — Commissie/Italië — *Producentengroeperingen van landbouwers* — 28 maart 1985

De Commissie van de Europese Gemeenschappen heeft het Hof verzocht om vast te stellen dat de Italiaanse Republiek de krachtens het EEG-Verdrag op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen door verordening nr. 1360/78 van de Raad betreffende producentengroeperingen en unies van producentengroeperingen onvolledig ten uitvoer hebben gelegd.

Bij deze verordening is voor bepaalde gebieden van de Gemeenschap, waaronder het gehele Italiaanse grondgebied, een regeling ingevoerd die tot doel heeft, de oprichting van producentengroeperingen van landbouwers aan te moedigen en aldus tot een betere concentratie van het aanbod van bepaalde landbouwprodukten en een betere aanpassing van de productie aan de eisen van de markt te komen. Op grond van deze verordening dienen de Lid-Staten de producentengroeperingen die aan de in de verordening vermelde voorwaarden voldoen, te erkennen, na te gaan of voortdurend aan deze voorwaarden wordt voldaan, en tenslotte aan de erkende groeperingen steun te verlenen teneinde de oprichting ervan te bevorderen en hun administratieve werking te vergemakkelijken. Deze steun komt in aanmerking voor financiering door het EOGFL, afdeling Oriëntatie.

Ter aanpassing van de Italiaanse wetgeving aan de gemeenschapsregeling is in Italië wet nr. 674 van 20 oktober

1978 vastgesteld. Aangezien op grond van het Italiaanse constitutionele recht aan 19 regio's alsmede aan de twee autonome provincies Trente en Bolzano belangrijke bevoegdheden op landbouwgebied zijn toegekend, staat het evenwel aan deze regio's en autonome provincies om de nodige maatregelen vast te stellen, met name met betrekking tot de modaliteiten voor de erkenning van producentengroeperingen.

De Commissie verwijt de Italiaanse Republiek, dat zij de op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen door:

— in wet nr. 674 en in de regionale uitvoeringsregeling voor de verlening en de intrekking van de erkenning van producentengroeperingen andere voorwaarden te stellen dan die vermeld in verordening nr. 1360/78;

— in de regionale uitvoeringsregeling bepalingen te handhaven die betrekking hebben op gebieden die bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de Gemeenschap behoren, alsook bepalingen die een herhaling zijn van communautaire voorschriften;

— voor een gedeelte van haar grondgebied niet de aanvullende wettelijke bepalingen vast te stellen die nodig zijn voor de tenuitvoerlegging van verordening nr. 1360/78.

a. *Voorwaarden voor verlening en intrekking van de erkenning van producentengroeperingen*

De Commissie voert aan, dat de Italiaanse wettelijke regeling andere voorwaarden stelt dan die voorzien door de gemeenschapsregeling, en wel op twee punten. In de eerste plaats zou wet nr. 674 de erkende groeperingen verplichten om als vertegenwoordigers van hun leden handelsactiviteiten te verrichten, terwijl verordening nr. 1360/78 de groeperingen zou vrijlaten om zelf dan wel namens en voor rekening van hun leden op de markt op te treden. Voorts zou deze wet de groeperingen de verplichting opleggen om de oprichting van coöperaties voor het beheer van de collectieve installaties voor opslag, behandeling, verwerking en verhandeling van de produkten aan te moedigen, hetgeen niet als voorwaarde zou zijn gesteld in verordening nr. 1360/78.

Het argument van de Italiaanse regering, dat wet nr. 674 de producentengroeperingen niet verplicht om als vertegenwoordigers van hun leden handelsactiviteiten te verrichten, doch enkel de regionale autoriteiten ertoe aanspoort om deze vorm van activiteit niet te veronachtzamen, kan niet worden aanvaard.

Uit een aantal regionale wettelijke regelingen blijkt immers, dat zij deze groeperingen verplichten om de vertegenwoordiging van hun leden bij verkoop, ophouding, verhandeling en opslag van produkten in hun statuten in te schrijven, zonder gewag te maken van de nochtans door verordening nr. 1360/78 geboden mogelijkheid voor de groeperingen om in eigen naam en voor eigen rekening op te treden.

Het resultaat van de gelijktijdige toepassing van de nationale wettelijke regeling en de regionale wettelijke regelingen is dus, dat op een belangrijk gedeelte van het Italiaanse grondgebied aan de producentengroeperingen de vrijheid wordt ontnomen om een vorm van activiteit te kiezen die hun op grond van de gemeenschapsregeling is toegestaan.

Het tweede door de Commissie opgeworpen punt betreft artikel 2 van wet nr. 674. Volgens deze bepaling moeten de statuten van de producentengroeperingen bepalen, «dat de totstandbrenging wordt aangemoedigd van coöperatieve

ondernemingen of andere samenwerkingsvormen met het oog op de oprichting en het beheer van de collectieve installaties voor de opslag, behandeling, verwerking en verhandeling van de produkten.» Volgens de Commissie komt een dergelijke bepaling niet voor in verordening nr. 1360/78 en verplicht de Italiaanse wettelijke regeling de groeperingen dus om zich bezig te houden met activiteiten waarvan in de gemeenschapsregeling geen sprake is.

De bevordering in enigerlei vorm van coöperatieve of collectieve activiteiten kan bezwaarlijk worden geacht in strijd te zijn met verordening nr. 1360/78, nu deze blijkens de zesde overweging van haar considerans juist wil bereiken, dat «de landbouwers (zich) verenigen om in het economische proces in te grijpen via vormen van gemeenschappelijke actie».

Bijgevolg moet het beroep op dit punt worden verworpen.

Mitsdien moet worden vastgesteld dat de Italiaanse Republiek verordening nr. 1360/78 niet juist heeft uitgevoerd, door onder de voorwaarden voor de verlening en de intrekking van de erkenning van producentengroeperingen de verplichting voor die groeperingen op te nemen om hun handelsactiviteiten als vertegenwoordigers van hun leden te verrichten.

b. Inhoud van de bepalingen van de regionale wettelijke regelingen

De Commissie betoogt, dat de regionale uitvoeringsregeling bepalingen bevat die slechts een herhaling zijn van de communautaire voorschriften, alsook bepalingen die betrekking hebben op gebieden die voortaan bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de gemeenschapsinstellingen behoren.

De Commissie heeft evenwel erkend, dat in Italië om redenen van grondwettelijke aard de praktische modaliteiten voor de verlening en de intrekking van de erkenning van de groeperingen door de regionale autoriteiten dienen te worden vastgesteld.

Wat het feit betreft, dat in de regionale wettelijke regelingen bepalingen van de gemeenschapsregeling worden herhaald, heeft, gelijk de Commissie heeft opgemerkt, het Hof in een eerder arrest (arrest van 7 februari 1973, zaak 39/72, Commissie/Italië) inderdaad verklaard, dat de verordeningen van de Gemeenschap als zodanig in elke Lid-Staat toepasselijk zijn en alleen op grond van hun bekendmaking in het Publikatieblad in werking treden. Bijgevolg mag een Lid-Staat geen zodanige situatie in het leven roepen, dat de rechtstreekse werking van de gemeenschapsverordeningen in het gedrang komt.

Dit is evenwel in casu niet het geval. Voor de invoering in Italië van het stelsel van producentengroeperingen zijn de gemeenschapsverordeningen alleen niet voldoende, doch is een samenhangend geheel van communautaire, nationale en regionale bepalingen vereist. Onder deze omstandigheden kan het feit dat in de regionale wettelijke regelingen bepaalde punten van de gemeenschapsverordeningen worden overgenomen, niet als een inbreuk op het gemeenschapsrecht worden beschouwd.

Mitsdien moet dit gedeelte van het beroep van de Commissie worden verworpen.

c. Ontbreken van nationale wettelijke bepalingen

De Italiaanse regering heeft dit verzuim erkend.

Het Hof verstaat:

«1. Door onder de voorwaarden voor de verlening en de

intrekking van de erkenning van producentengroeperingen, bedoeld in verordening nr. 1360/78 van de Raad van 19 juni 1978 betreffende producentengroeperingen en unies van producentengroeperingen (PB 1978, C 166, blz. 1), de verplichting voor die groeperingen op te nemen om hun handelsactiviteiten als vertegenwoordigers van hun leden te verrichten, en door voor een deel van haar grondgebied de nodige maatregelen voor de volledige tenuitvoerlegging van deze verordening niet vast te stellen, is de Italiaanse Republiek de krachtens het EEG-Verdrag op haar rustende verplichtingen niet nagekomen.

2. Het beroep wordt voor het overige verworpen.

3. Elk der partijen zal de eigen kosten dragen.»

Zaak 2/84 (Voltallig Hof) — Commissie/Italië — *Gecombineerd rail/wegvervoer — Station van uitlading in derde land* — 28 maart 1985

De Commissie van de Europese Gemeenschappen heeft het Hof verzocht om vast te stellen dat de Italiaanse Republiek, door een vervoervergunning te verlangen voor in de Bondsrepubliek Duitsland geregistreerde voertuigen die per spoor naar Lugano worden vervoerd, wanneer deze stad het geschikte station van uitlading is dat het dichtst bij de losplaats van de goederen is gelegen, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens richtlijn nr. 75/130 van de Raad houdende vaststelling van gemeenschappelijke voorschriften voor bepaalde vormen van gecombineerd rail/wegverkeer van goederen tussen de Lid-Staten.

Deze richtlijn maakt deel uit van het gemeenschappelijk vervoerbeleid en beoogt de opheffing van alle kwantitatieve beperkingen voor internationaal goederenvervoer over de weg tussen Lid-Staten, waarbij gebruik wordt gemaakt van de spoorwegen om het wegtraject zoveel mogelijk te beperken. Doel hiervan is, het wegverkeer te ontlasten, de veiligheid op de weg te vergroten en het milieu te beschermen.

Blijkens het dossier lieten Duitse vervoerders bij transporten van Duitsland naar Noord-Italië hun voertuigen per spoor vervoeren naar Lugano, in Zwitserland, welk station dicht bij de losplaats van de betrokken goederen is gelegen dan de voor het lossen van voertuigen voor wegvervoer uitgeruste Italiaanse stations. Desondanks verlangden de Italiaanse douaneautoriteiten bij binnenkomst over de weg van deze voertuigen in Italië een vervoervergunning, omdat zij van oordeel waren, dat de richtlijn niet van toepassing is wanneer het station van uitlading op het grondgebied van een derde land is gelegen.

Van oordeel dat de handelwijze van de Italiaanse autoriteiten niet in overeenstemming is met een juiste uitlegging van de richtlijn, heeft de Commissie het onderhavige beroep ingesteld.

Tot staving van haar beroep steunt de Commissie op de tekst van de richtlijn, die geen uitzonderingsbepaling bevat voor het geval dat het station dat het dichtst bij de losplaats is gelegen, zich op het grondgebied van een derde land bevindt.

De Commissie meent dat, rekening houdende met de geografische ligging van Italië en met de oriëntatie van de grote handelswegen die vanuit andere Lid-Staten naar Noord-Italië convergeren, de door de Italiaanse autoriteiten voorgestane uitlegging van de richtlijn tot gevolg heeft,

dat deze in het geval van Italië haar nuttig effect voor een deel verliest.

De Italiaanse regering wijst erop dat, indien het de bedoeling was geweest om het toepassingsgebied van de richtlijn tot op het grondgebied van derde landen gelegen stations uit te breiden, zulks uitdrukkelijk in de richtlijn zou zijn vermeld.

In de eerste plaats zij opgemerkt, dat de richtlijn ziet op het gecombineerd rail/wegvervoer tussen twee Lid-Statens, ook wanneer dit plaatsvindt over het grondgebied van een of meer derde landen. Aangezien het transport aldus van vertrekpunt tot punt van aankomst als één geheel wordt beschouwd, spreekt het feit dat de richtlijn geen uitzondering maakt voor het geval dat een van de gebruikte stations in een derde land is gelegen, inderdaad voor de uitlegging van de Commissie.

Mitsdien moet de betrokken richtlijn in die zin worden uitgelegd, dat zij ook van toepassing is op gecombineerd rail/wegvervoer tussen twee Lid-Statens dat plaatsvindt over het grondgebied van een derde land, ook wanneer het voertuig in een station van het derde land wordt uitgeladen, op voorwaarde evenwel dat dit het geschikte station is dat het dichtst bij de losplaats van de vervoerde goederen is gelegen, en de uitlading daadwerkelijk wordt bewezen door aanbrenging op het vervoerdocument van het stempel van de spoorwegadministratie van bedoeld station.

Het Hof verstaat:

«1. De Italiaanse Republiek is de krachtens richtlijn nr. 75/130 van de Raad van 17 februari 1975 en met name artikel 2 daarvan op haar rustende verplichtingen niet nagekomen door een vervoervergunning te verlangen voor in de Bondsrepubliek Duitsland geregistreerde voertuigen die, met bestemming Italië, per spoor tot het station van Lugano worden vervoerd, wanneer dit het geschikte station van uitlading is dat het dichtst bij de losplaats van de goederen is gelegen, en wanneer de vervoerder overeenkomstig de bepalingen van artikel 3 van de richtlijn de per spoor afgelegde afstand kan bewijzen.

2. Elk der partijen zal de eigen kosten dragen.»

Gev. zaken 91 en 92/84 (Vierde kamer) — Director of Public Prosecutions/Hackett Ltd. en Weston (91/84) en Tetlow en Dowey (92/84) (Prejudiciële verwijzing) — *Voorschriften van sociale aard voor het wegvervoer — Vervoer van dieren van de landbouwbedrijven naar de plaatselijke markten* — 28 maart 1985

De High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, heeft een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van artikel 14 bis van verordening nr. 543/69 van de Raad tot harmonisatie van bepaalde voorschriften van sociale aard voor het wegvervoer, en inzonderheid van het begrip «plaatselijke markt» in die bepaling.

De vraag is gerezen in het kader van strafvervolgingen tegen twee landbouwers en een vervoerder ter zake van het niet gebruiken van de tachograaf bij het vervoer van dieren naar of van hun respectieve landbouwbedrijven.

In beide zaken kochten of verkochten de producenten dieren op ver van hun bedrijf gelegen markten en hadden de bestuurders van de vrachtwagens waarmee de dieren werden vervoerd hun tachograaf niet ingeschakeld.

Naar aanleiding van dit geding heeft de Britse rechter het

Hof een prejudiciële vraag voorgelegd onder de vorm van vijf mogelijke uitleggingen van het begrip «plaatselijke markt».

Deze vraag luidt als volgt:

«Is een 'plaatselijke markt' in de zin van artikel 14 bis, lid 2, sub c, van verordening (EEG) nr. 543/69 van de Raad, zoals gewijzigd bij verordening (EEG) nr. 2827/77 van de Raad:

(1) een markt (ongeacht het soort) die vrij dicht bij het betrokken landbouwbedrijf is gelegen?

(2) een markt (ongeacht het soort) die, de plaatselijke geografische situatie in aanmerking genomen, vrij dicht bij het landbouwbedrijf is gelegen?

dan wel

(3) een markt die vrij dicht bij het betrokken landbouwbedrijf is gelegen (respectievelijk een markt waarvoor zulks in de plaatselijke geografische situatie het geval is), mede gelet op de soort of het ras der aldaar gekochte of verkochte dieren, en zo ja, waar ligt de grens (zo er een is) waar men niet langer van een 'plaatselijke' markt kan spreken?

dan wel

(4) een markt die vrij dicht bij het betrokken landbouwbedrijf is gelegen (respectievelijk een markt waarvoor zulks in de plaatselijke geografische situatie het geval is), waar dieren van de betrokken soort of het betrokken ras kunnen worden gekocht of verkocht tegen commercieel gunstige voorwaarden, het aantal der betrokken dieren mede in aanmerking genomen?

Zo dit het geval is:

a) wat moet in dit verband onder 'gunstig' worden verstaan? en

b) waar ligt de grens (zo er een is) waar men niet langer van een 'plaatselijke' markt kan spreken? dan wel

(5) een markt op vier uur rijden (of het krachtens de destijds geldende wettelijke regeling toegelaten maximum aantal uren zonder pauze) van het landbouwbedrijf waarvan de dieren afkomstig zijn?»

Volgens de vennootschap Hackett en de heer Dowey moet onder «plaatselijke markt» worden verstaan de dichtstbij gelegen markt waarop een landbouwbedrijf onder economisch gunstige voorwaarden de nodige bevoorrading of afzet kan vinden.

De Commissie verklaart dat een «plaatselijke markt» moet worden begrepen als een vrij dicht bij het landbouwbedrijf gelegen markt waarop het betrokken soort dieren regelmatig wordt verhandeld en die daartoe is uitgerust.

Volgens haar is het zekerste criterium, de toepassing bij analogie van het begrip «straal van 50 km rondom de standplaats van het voertuig».

De Commissie en de regering van het Verenigd Koninkrijk stellen eensgezind dat commerciële overwegingen geen beslissende rol spelen bij het bepalen van het begrip 'plaatselijke markt'.

Bij het beantwoorden van de vraag van de Queen's Bench Division dient zowel de doelstelling van verordening nr. 543/63 als de plaats van artikel 14 bis daarbinnen in aanmerking te worden genomen.

Verordening nr. 543/63 streeft gelijktijdig drie doelstellingen na, te weten, de sociale bescherming van de bestuurders, de verkeersveiligheid en de opheffing van de verschillen die de mededinging in de vervoersector kunnen verval-

sen. Met het oog op deze doelstellingen is het gebruik van de tachograaf veralgemeend.

Ingevolge artikel 14 bis van deze verordening kan een afwijking worden toegestaan voor het vervoer van levende dieren van de boerderij naar de plaatselijke markten en terug.

Aangenomen dient te worden dat de tekst van deze verordening een correlatie tot stand brengt tussen enerzijds de plaatselijke markten en anderzijds het landbouwbedrijf en naargelang het geval, de produktie of de behoeften daarvan.

In antwoord op deze vraag verklaart het Hof voor recht :

«Artikel 14 bis, lid 2, sub c, van verordening nr. 543/69 van de Raad van 25 maart 1969 tot harmonisatie van bepaalde voorschriften van sociale aard voor het wegvervoer, zoals gewijzigd bij verordening nr. 515/72 van de Raad van 28 februari 1972 en bij verordening nr. 2827/77 van de Raad van 12 december 1977, moet aldus worden uitgelegd, dat onder 'plaatselijke markt' is te verstaan de markt die, de geografische situatie in aanmerking genomen, het dichtst bij een bepaald landbouwbedrijf is gelegen en die bevoorradings- of, naar gelang van het geval, afzetmogelijkheden biedt welke beantwoorden aan de behoeften van als typisch voor de betrokken streek te beschouwen landbouwbedrijven van normale en gemiddelde omvang.»

Zaak 96/84 (Vijfde kamer) — Vereniging Slachtpluimvee-Export/Rewe-Zentral Aktiengesellschaft (Prejudiciële verwijzing) — *Onderlinge aanpassing van de wetgevingen — Produkten in voorverpakkingen* — 28 maart 1985

Het Amtsgericht Keulen heeft het Hof prejudiciële vragen voorgelegd over de uitlegging die moet worden gegeven aan richtlijn nr. 76/211 van de Raad betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake het voorverpakken naar gewicht of volume van bepaalde produkten in voorverpakkingen.

De vragen zijn gerezen in het kader van een geding tussen de Nederlandse vennootschap Vereniging Slachtpluimvee-Export en Rewe-Zentral Aktiengesellschaft over het niet-uitvoeren door Slachtpluimvee van zijn contractuele verplichting om aan Rewe-Zentral 200 dozen hele braadkui-kens voorzien van het EEG-teken «e», te leveren.

De Nederlandse firma kon de dozen hele braadkui-kens voorzien van het EEG-teken «e» niet leveren, doordat zij van het Nederlandse ijkwezen niet de door de Nederlandse wettelijke regeling vereiste formele vergunning voor het gebruik van dit teken op voorverpakte goederen had gekregen.

Volgens de Nederlandse firma vormt het Nederlandse koninklijk besluit een absolute en onoverkomelijke hinderpaal voor een contractgetrouwe uitvoering van de overeenkomst en dient deze overeenkomst derhalve krachtens de Duitse wet te worden nietigverklaard. Rewe-Zentral voerde daarentegen aan dat uitvoering van de overeenkomst niet onmogelijk was, daar richtlijn nr. 76/211 van de Raad de producerende onderneming zonder meer het recht toekent het EEG-teken «e» te gebruiken zodra aan de daartoe gestelde grondvereisten is voldaan.

Rewe is derhalve van oordeel dat Slachtpluimvee schadevergoeding dient te betalen wegens niet-uitvoering van de overeenkomst.

Het Amtsgericht Keulen heeft gemeend het Hof de navolgende prejudiciële vragen te moeten voorleggen :

«Moet richtlijn 76/211/EEG van de Raad van 20 januari 1976 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake het voorverpakken naar gewicht of volume van bepaalde produkten in voorverpakkingen, in de versie van richtlijn 78/891/EEG van de Commissie van 28 september 1978 tot aanpassing van de bijlagen van richtlijn 76/211/EEG, inzonderheid bijlage I, punten 1.3, 3.3, 4 en 5, aldus worden uitgelegd,

dat de met de controle bij de fabrikanten van voorverpakkingen belaste nationale instanties het recht van de fabrikant om zijn produkten van het «e»-teken te voorzien afhankelijk mogen stellen van een uitdrukkelijke 'verlening' daarvan, waarvoor moet zijn voldaan aan door een overheidsinstantie gestelde voorwaarden die de verwezenlijking van de in punt 1 bij bijlage I bij richtlijn 76/211/EEG genoemde doelstellingen moeten waarborgen?

Of moet de richtlijn aldus worden uitgelegd, dat deze zelf en zonder enig voorbehoud elke fabrikant het recht verleent om het «e»-teken te gebruiken indien aan de in artikel 3 van de richtlijn en de punten 1.3 en 3.3 van bijlage I gestelde vereisten is voldaan?

Hebben de genoemde bepalingen van richtlijn 76/211/EEG rechtstreekse werking?»

In antwoord op deze vragen heeft het Hof voor recht verklaard :

«1. Ingevolge punt 4 van bijlage I bij richtlijn nr. 76/211 van de Raad van 20 januari 1976 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake het voorverpakken naar gewicht of volume van bepaalde produkten in voorverpakkingen heeft een vulbedrijf dat de hoeveelheid in elke voorverpakking meet, het recht daarop zonder voorafgaande machtiging van de ter zake van maten en gewichten bevoegde nationale instantie het EEG-teken «e» aan te brengen, maar een vulbedrijf dat zich beperkt tot het controleren van de hoeveelheid produkt in elke voorverpakking, dient, om het EEG-teken «e» te mogen gebruiken, de controle te verrichten op de wijze die de door ter zake van maten en gewichten bevoegde nationale instantie bij wege van algemene voorschriften dan wel bij wege van individuele beschikkingen is erkend.

2. Het vulbedrijf dat de controle verricht op een wijze welke een daadwerkelijke garantie biedt voor de juistheid van de inhoud van zijn voorverpakkingen, kan zich tegenover de weigering van de bevoegde nationale instantie om die controlewijze te erkennen, beroepen op de bepalingen van richtlijn nr. 76/211 van de Raad van 20 januari 1976 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake het voorverpakken naar gewicht of volume van bepaalde produkten in voorverpakkingen, en op die van bijlage I bij die richtlijn.

BOEKEN

H. VAN IMPE, *Het Belgisch grondwettelijk recht in kort bestek*, Kluwer Rechtswetenschappen, 1985, 136 blz.

In de reeks «In kort bestek» verscheen bij de uitgeverij Kluwer *Het Belgisch grondwettelijk recht* van prof. Herman Van Impe.

In een kleine honderd vijftig bladzijden worden de essentiële beginselen van de Belgische staatsstructuur uiteengezet. Zij worden eerst en vooral bekeken vanuit een juridisch perspectief, met daarbij de tekst van de Grondwet als uitgangspunt. Maar daarnaast poogt de auteur zijn onderwerp al naargelang ook vanuit een historische, maatschappelijke, sociologische of politieke invalshoek te beschrijven, daarbij het juridische element soms ver achter zich latend.

Het boek is ingedeeld in vijf delen. In het eerste deel, handelend over de Belgische staatsinrichting, wordt, na een historische inleiding, een overzicht gegeven van de basisbeginselen waarop de Belgische staat berust. Na een uiteenzetting van begrippen zoals staat, rechtsorde, gezag, wettelijkheid e.d., komen achtereenvolgens aan de beurt: de persoonlijke rechten en vrijheden, opgesplitst naar de individuele en de groepsrechten; het principe van de scheiding der machten; en de interrelatie tussen de verschillende machten.

Het tweede deel is gewijd aan de volksvertegenwoordiging. Dit deel bestaat voornamelijk uit technische beschrijvingen over de verkiezing en de samenstelling van Kamer en Senaat, de relatie parlement/regering, het ontstaan van wetgeving, de opsplitsing van België in gemeenschappen en gewesten, de deelparlementen en hun bevoegdheden, de begroting. Heel beknopt komen hier ook het Arbitragehof en het Rekenhof aan bod; het overlegcomité en de alarmprocedures op hun beurt zijn vollediger beschreven. Het deel van hoofdstuk negen dat handelt over het begrip «rechtsstaat» hoort misschien eerder in het eerste deel thuis.

Het bestuur is het onderwerp van het derde deel. Koningschap en regering worden uitvoerig ontleed, de centrale en plaatselijke administraties komen beknopt aan bod. Het deel eindigt met een opsomming van belangenvertegenwoordigingen die in de staatsrechtelijke marge liggen: de partijen, de adviesraden, de evenredige samenstelling van verscheidene openbare instellingen.

De rechtspraak komt aan bod in het nogal kort uitgevallen vierde deel. Veel meer dan een opsomming van de verschillende rechtbanken, hun bevoegdheden en de basisprincipes van onze rechtspraak (onafhankelijkheid van de rechter, motiveringsplicht, geen bindende kracht van rechterlijke uitspraken) bevat dit deel niet. Het bestaan van administratieve rechtscolleges wordt vermeld, de Raad van State wordt kort beschreven.

In het laatste deel, «de Belgische staatkundige gemeenschap» getiteld, wordt geprobeerd de vorige vier delen in een aantal vrij sloganeske paragrafen te synthetiseren. Het bevat ook een beknopte situering van ons Belgische bestel in de waaijer van democratische staatsstructuren.

Dan volgen nog drie bijlagen: wat is recht?; de bronnen van grondwettelijk recht; en een overzicht van de grondwetswijzigingen tot op dit ogenblik.

Prof. Van Impe heeft geprobeerd een groot aantal doelstellingen gezamenlijk te realiseren. In sommige is hij zeer goed geslaagd, in andere minder. Het boek bevat zeer veel informatie, en is helemaal geschreven in een vlot leesbare stijl. De beschrijvingen zijn goed verstaanbaar voor een niet-jurist. Soms weidt hij vrij lang uit over m.i. minder belangrijke aspecten (bv. de formaliteiten rond het koningschap), terwijl andere onderwerpen al te beknopt aan bod komen in verhouding tot hun relevantie.

De auteur had duidelijk de bedoeling zich niet te beperken tot het strict juridische, maar laste, daar waar hij dat gepast achtte, achtergrondbeschouwingen van uiteenlopende aard in. Bij het lezen van sommige rijst wel de vraag of het inlassen van dergelijke beschouwingen past in het concept van een kort overzicht. Ze zijn soms al te onvolledig uitgewerkt of te eenzijdig om nog informatief te zijn. Anderzijds veraangenamen zij het lezen en staan ze toe ons grondwettelijk recht in een bredere context te plaatsen.

Wie over weinig tijd en/of een geringe juridische achtergrond beschikt, zal alleszins veel baat vinden bij dit boek.

Marieke Wyckaert

G.E. LANGEMEIJER, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1985 (vijfde herziene druk)

Op het moment dat de recensie van de vierde druk van 1983 in het R.W. (1985-86, 343) werd gepubliceerd, ontving de redactie de vijfde herziene druk. Daaruit blijkt dat Langemeijer's boek het

grote lezerspubliek bereikt waarvoor het is bestemd en dat de lof verdiend was. Daaruit blijkt ook dat de auteur zijn taak vlugger volbrengt dan de recensent de zijne.

Het thema en de structuur van het boek zijn dezelfde gebleven, maar «de veranderingen en vooral aanvullingen zijn er ditmaal, begrijpelijkerwijze, vele», dit in verband met het nieuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek en de daaruit tot 1 juni 1985 ontwikkelde rechtspraak en rechtsleer.

We kijken nu uit naar de zesde druk.

Jan Gijssels

Universiteit Antwerpen (UFSIA)

A.G. LUBBERS, *Hoofdzaken van huwelijksvermogensrecht*, in Serie privaatrechtelijke begrippen, nr. 12, tweede druk, Arnhem, Gouda Quint, VIII + 100 p., 33fl.

De serie privaatrechtelijke begrippen brengt verkennend onderzoek over de functioneringswijze van een bepaald begrip uit het privaatrecht. Daarbij worden alle raakvlakken uit het privaatrecht onderzocht, zodat oplossingen uit verschillende deelgebieden van het recht met mekaar in verband kunnen worden gebracht. Met *Hoofdzaken van huwelijksvermogensrecht* zet Lubbers dan ook niet de algemene beginselen uiteen maar poogt hij enkele begrippen die moeilijk toegankelijk zijn, te verhelderen (p. V). Enige voorkennis van Nederlands familierecht wordt dan ook vooropgezet.

In het eerste hoofdstuk wordt vooral het begrip huwelijksgemeenschap ontleed. Hierbij aansluitend wordt het uitsluitingsbeding en de regels over de verknachtheid onderzocht waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen zakenrechtelijke en obligatoire verknachtheid. De theorie over dit begrip wordt geïllustreerd aan de hand van het pensioenrecht. De auteur stelt hierbij dat de argumenten ten gunste van de afrekening bij gemeenschapsontbinding ook in gevallen van ontbinding van een ander huwelijksvermogensstelsel in aanmerking kunnen worden genomen. Aangezien het huidige Nederlandse recht hiertoe weinig mogelijkheden biedt, is een tussenkomst van de wetgever noodzakelijk.

De volgende hoofdstukken behandelen de kosten van de huishouding, de rechtshandelingen waarvoor de toestemming van beide echtgenoten is vereist, het bestuur over de gemeenschapsgoederen, normen en sancties, huwelijksvoorwaarden, het faillissement van de gehuwde schuldenaar.

Het boekje sluit met een register op aangehaalde wetsartikelen, een rechtspraak- en alfabetisch register.

De behandelde onderwerpen worden bondig uiteengezet en met rechtspraak en praktische voorbeelden geïllustreerd. De verwijzingen naar de rechtsleer zijn zeer bescheiden. Er wordt bijna uitsluitend verwezen naar de recente zevende druk van Pitlo, *Het personen- en familierecht*, bewerkt door van der Burgh, Rood-de Boer en de Jong.

W. Pintens

Flexibiliteit bij de aanpassing van de arbeidstijd. Commentaar op de bepalingen van de herstelwet van 22 januari 1985 tot wijziging van de Arbeidswet van 16 maart 1971, Verbond van Belgische Ondernemingen, Brussel, 1985, 100 blz.

De herstelwet van 22 januari 1985 houdende sociale bepalingen heeft de Arbeidswet van 16 maart 1971 grondig gewijzigd. Het gebeurde iets meer dan een jaar na de grondige wijziging door het K.B. nr. 225 van 7 december 1983. Volgens het verslag aan de Koning was de bedoeling van het K.B. nr. 225 het beperken van overuren. Toch werd door dit K.B. tegelijkertijd meer flexibiliteit ingevoerd in de reglementering op de arbeidstijd. De nieuwe regeling laat toe dat in bepaalde gevallen de arbeidsduur niet per week maar wel als een gemiddelde over een langere periode (in de regel een kwartaal) wordt berekend.

De uitgesproken bedoeling van de herstelwet van 22 januari 1985 was meer flexibiliteit, misschien op de eerste plaats wat de arbeidsduur betreft. De grote innovatie was de flexibele arbeidsweek. Wanneer een aantal voorwaarden vervuld zijn, kan de arbeidsduur berekend worden als een gemiddelde per jaar. Geen 40 uren per week. Wel $40 \times 52 = 2080$ uren per jaar.

Sinds het K.B. nr. 225 en de herstellwet van 22 januari 1985 zijn er dus heel wat mogelijkheden wat betreft arbeidsorganisatie. Tegelijkertijd ook heel wat moeilijkheden. De twee wijzigingen hebben de reglementering van de arbeidsduur er niet eenvoudiger op gemaakt. Het is allesbehalve een voorbeeld van deregulering.

De brochure die zopas uitgegeven werd door het VBO, doet een poging om de vele mogelijkheden die de wet biedt, te verduidelijken. Het gebeurt door relatief korte teksten, doorspekt met heel wat concrete voorbeelden. Het is geschreven naar de ondernemer toe die, rekening houdend met zijn specifieke situatie, een keuze kan maken uit die voorbeelden.

De nieuwe reglementering is nog jong. Voor heel wat punten geeft de wet geen duidelijke oplossing. De parlementaire voorbereiding biedt geen grote hulp. Rechtspraak is er nog niet en zal er waarschijnlijk weinig komen. Toch moeten de rechten en plichten van werkgevers en werknemers zo duidelijk mogelijk afgebakend worden.

Het is een verdienste van deze brochure dat ook in de nog niet opgeklarde punten een stelling ingenomen wordt. Dat het om interpretaties gaat die vanuit werkgeversbelangen geïnspireerd worden, volgt uit de aard van de uitgave. Dit is niet noodzakelijk een nadeel.

Wanneer duidelijke stellingnamen geïnspireerd vanuit een hoek geconfronteerd worden met duidelijke stellingnamen uit de tegenovergestelde hoek, kan dit het zoeken naar de «waarheid» alleen maar bevorderen.

O. Vanachter

BERICHTEN

De tuchtregeling in de lokale besturen — Een studiedag te Antwerpen

Het departement Rechten van de Universitaire Instelling Antwerpen organiseert in samenwerking met het Instituut Administratie-Universiteit, een studiedag over de tuchtregeling in de lokale besturen.

Meer dan eens wordt geconstateerd dat de tuchtprocedure ontspoorde wegens miskenning van statutaire of algemene voorschriften met alle gevolgen van dien. Het onderzoek en de daarbij aansluitende studiedag willen een bijdrage leveren om ontsporingen te vermijden en nuttige gegevens verstrekken ten einde het samengaan van rechtszekerheid en goede werking van de dienst te bevorderen. De rechtspraak van de Raad van State is daarbij een belangrijke leidraad.

Deze studiedag wordt gehouden te Antwerpen, in de aula major van de U.I.A. op 10 december 1985.

Inschrijving gebeurt door storting van 1750 fr. op rekeningnummer 001-0986467-53 voor U.I.A. Rechten/Studiedagen, met vermelding «project (028) 681 studiedag tuchtregeling», en dit uiterlijk vóór 1 december 1985. Verdere inlichtingen zijn te verkrijgen bij mevrouw I. Opdebeek, departement rechten, U.I.A., Universiteitsplein 1, 2610 Wilrijk, tel. 03/628.25.26, toestel 441 of 416.

Programma Voormiddagssessie

Voorzitter: prof. dr. J. Van Steenberge (gewoon hoogleraar U.I.A.)

- 9.00 u.: Ontvangst
- 9.30 u.: Openingswoord door prof. dr. J. Van Steenberge
- 9.45 u.: Kenmerken van de tuchtregeling door mevrouw I. Opdebeek (navorser U.I.A.)
- 10.30 u.: Koffiepauze
- 11.00 u.: De bruikbaarheid van het nieuw tuchtrechtelijk statuut van het rijkspersoneel in de lokale besturen door de heer P. Berckx (kabinetschef van de staatssecretaris van Openbaar Ambt)
- 11.30 u.: De rol van de provincie bij tuchtzaken van de lokale besturen, door de heer J. Troosters (inspecteur-generaal Provincie Brabant)
- 12.00 u.: Lunch

Namiddagssessie

Voorzitter: prof. dr. W. Lambrechts (gewoon hoogleraar U.I.A.)

- 13.30 u.: Paneelgesprek m.m.v. de heren M. Buytaert (stadsmedewerker regiosecretariaat lokale en regionale besturen A.C.O.D.), G. De Witte (secretaris-generaal V.S.O.A.), L. Garre (adviseur Vereniging van Belgische steden en gemeenten), F. Peuteman (schepen personeelszaken en onderwijs van de stad Brugge), L. Piette (nationaal secretaris C.C.O.D.), E. Soete (stadssecretaris van Harelbeke)
- 14.30 u.: Koffiepauze
- 15.00 u.: Vragen en discussie o.l.v. prof. dr. W. Lambrechts
- 16.00 u.: Slotbeschouwingen door prof. dr. W. Lambrechts
- 16.15 u.: Einde

TIJDSCHRIFTEN

Annales de droit de Liège

nr. 4

Demaret, P., Préface. L'avenir institutionnel des Communautés européennes; Ferri M., Le projet de Traité d'Union européenne; De Wost, J.L., L'avenir du fonctionnement des Institutions; Chlermann, C.D., Réflexions sur les structures institutionnelles de la Communauté.

Bank- en financiewezen, 1985

nr. 2, februari

Smets, J., The competitiveness of the Belgian economy; Schuster, L., The extension of banking services as a policy of strategic management; Van Gerven, W., 900 dagen Bankcommissie; De Groote, J., Quelques réflexions sur les assemblées annuelles 1984 du Fonds Monétaire International et de la Banque mondiale; Revell, J., New forms of competition and new competitors.

Journal des tribunaux, 1985

nr. 5324, 2 februari

Dehousse, F., Pouvoirs spéciaux et changement de régime: l'insertion des pouvoirs spéciaux dans l'évolution du régime parlementaire belge.

nr. 5325, 9 februari

Dehousse, F., idem; Slusny, O., noot onder Brussel, 10 augustus 1984 (strafvordering, onderzoeksrechter, beslag van videocassettes, verzoek tot opheffing van beslag, weigering vanwege onderzoeksrechter).

nr. 5326, 16 februari

Carlier, J.Y., La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l'ordre public répudié?

nr. 5237, 23 februari

Breny, H., Les dispositions légales sur l'apparentement aux élections législatives.

Journal des tribunaux du travail, 1985

nr. 308, 10 februari

Gosseries, Ph., noot onder Cass., 18 september 1984 (werkloosheid, onverschuldigd betaalde werkloosheidsuitkeringen, terugbetaling, beperking, goede trouw, bewijslast).

nr. 309, 20 februari

Simoens, D., De deeltijdse leerplicht en sociale zekerheid.

nr. 310, 28 februari

Van Raepenbusch, S., La jurisprudence récente de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière de prestation de chômage.