

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

F. Aps, Kroniek van het echtscheidingsrecht (1994-1998) 1403
J. LAENENS, De uithuiszetting 1412

Rechtspraak

Raad van State – Herstelvergoeding voor buitengewone schade – Bevoegdheid – Vaststelling dat verzoekende partijen voor de rechtscollages van de rechterlijke orde geen vergoeding van hun schade konden verkrijgen op grond van art. 1382 B.W.
 Cass., 28 november 1997 (*met noot van A. Van Oevelen*, «Het residuaire karakter van de bevoegdheid van de Raad van State om uitspraak te doen over de eisen tot herstelvergoeding voor buitengewone schade») 1415

Huwelijksvermogenrecht – Gezinswoning – Preferentiële toewijzing – Art. 1446 en 1447 B.W. – Overgangsrecht
 Cass., 15 mei 1998 1418

Arbeidsovereenkomst – Verjaring – Termijn – Duur – Overwerk – Loon – Niet-betaling – Misdrif – Schade – Vergoedingsverplichting – Vordering in rechte – Burgerlijke rechtsvordering
 Cass., 12 oktober 1998 1419

Verzekering – Motorrijtuig – Niet-verzekering en burgerrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurder-dief – Subrogatie Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds – Medeaansprakelijkheid van eigenaar van gestolen voertuig
 Cass., 26 november 1998 (*met noot van C. Van Schoubroeck*) 1419

Strafvordering – Beslag – Opheffing – Regelmatigheid van het beslag
 Hof Antwerpen, 14 januari 1999 (*met noot van A. Vandeplass*, «Over het verzoek tot opheffing van het beslag») 1421

Europees recht – Sociale zekerheid werknemers – EG-vordering 1408/71 – Sociale zekerheid – Britse zelfstandigen – Detachering – Voorafgaande zelfstandige activiteit – Formulier E. 101 – Bewijskracht
 Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 24 oktober 1997 1422

Intellectuele eigendom – Auteursrecht – Computerprogramma's – 1. Begrip – Beschermingsvoorwaarde – 2. Inbreuk – Strafrechtelijke sancties – Auteursrecht – Vereiste van bedrieglijk opzet – Begrip – Winstoogmerk
 Corr. Hasselt, 16 december 1999 1424

Faillissement – Verschoonbaarheid – Voorwaarden
 Kh. Tongeren, 23 februari 1999 1425

Verzekering – Motorrijtuig – 1. Overeenkomst – Totstandkoming – Aanvaarding van polisvoorwaarden door verzekeringsnemer – Bewijslast – 2. Regresrecht van verzekeraar – Contractuele grondslag
 Pol. Antwerpen, 13 november 1997 (*met noot van G. Schoorens*, «Over het regresrecht van de verzekeraar (art. 88 Wet Landverzekeringsovereenkomst)») 1426

Verzekering – Motorrijtuigen – Regresrecht van verzekeraar – Kennisgeving van voornemen aan verzekeringsnemer – Bewijslast
 Pol. Turnhout, 19 mei 1998 (*met noot*) 1429

Rechtspraak in kort bestek

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – **Nationaliteit** – Naturalisatie – Beoordelingsvrijheid van de wetgevende macht
 Arbitragehof, 24 juni 1998 1430

Onrechtmatige daad – **Aansprakelijkheid** – Dieren – Fout van derde die aanleiding gaf tot de gedraging van het dier
 Cass., 19 januari 1996 (*met noot*) 1430

Onrechtmatige daad – **Aansprakelijkheid** – Dieren – Bedrijf «bewaarder van het dier» – Meesterschap over het dier – Niet-ondergeschikte macht van leiding en toezicht – Overdracht door de eigenaar aan de bewaarder van dezelfde macht als de zijne
 Cass., 19 januari 1996 1431

Gewijsde (rechterlijk) – Burgerlijke zaken – Toepassingsvoorwaarden – Afwijzing van op contractuele basis ingestelde vordering – Instellen van op dezelfde feiten gebaseerde vordering op grond van vermogensverschuiving zonder oorzaak – Vordering met dezelfde oorzaak
 Kh. Hasselt, 16 oktober 1996 1431

Handelshuur – Duur – Onderhuur – Beperking tot de nog resterende looptijd van de hoofdhuur
 Vred. Westerlo, 15 september 1995 1431

Kanttekening

Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, advies nr. 9 van 22 februari 1999 betreffende het levensbeëindigend handelend bij wilsonbekwamen 1432

Boeken

P. De Haan, Th. G. Drupsteen en R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtstaat. Deel 2. Bestuurshandelingen en waarborgen (*door M. Boes*) 1442

Mededelingen

Studiedag: De gemeenten en de administratieve transparantie 1442

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931.

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

VERSCHIJNT IEDERE WEEK VAN SEPTEMBER TOT JUNI

Redactie: A. Van Oevelen (hoofdredacteur),
E. Dirix, J. Laenens, J.R. Rauws,
M. Van Damme, A. Vandeplass

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

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

Vaste medewerkers:

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

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

Advocatenkantoor Ghysels, Flamey & Partners

te Brussel zoekt voltijds

twee medewerkers en/of stagiairs

met belangstelling voor het administratief recht in het algemeen, milieurecht, stedenbouw, overheidsopdrachten en onteigening in het bijzonder, voor medewerkers strekt een balie-ervaring van twee jaar tot aanbeveling.

Curriculum vitae sturen naar
Ghysels, Flamey & Partners
Aarlenstraat 25 te 1050 Brussel
tel. 02/230.37.57 - fax 02/230.55.15

Advocatenkantoor in centrum Brussel
zoekt

MEDEWERK(ST)ER

met praktijkervaring in het arbeidsrecht
en minimum 3 jaar balie,
goede kennis: Nederlands - Frans - Engels

Geïnteresseerden kunnen hun curriculum vitae zenden
aan Mr. G. DEVILLE, Keizerslaan 3, 1000 BRUSSEL

Internationaal Advocatenkantoor

ASHURST MORRIS CRISP

zoekt voor haar snel groeiende Belgische
praktijk te Brussel

MEDEWERKERS EN STAGIAIRS

- met ervaring in of belangstelling voor het handels- en vennootschapsrecht of het bank- en financieel recht
- kennis van het energie- en/of telecommunicatierecht strekt tot aanbeveling
- drietaligheid is een vereiste

Curriculum vitae sturen naar:

Ashurst Morris Crisp
T.a.v. Carl Meyntjens
Louizalaan 375, bus 3
1050 Brussel

E-mail: carl.meyntjens@ashursts.com

KRONIEK VAN HET ECHTSCHEIDINGSRECHT (1994-1998)*

I. INLEIDING

1. Bij de bespreking van een aantal recente ontwikkelingen in het echtscheidingsrecht is het bijna evident dat 1994 als begindatum wordt genomen. Na jarenlang stilzwijgen heeft de wetgever bij de wet van 30 juni 1994 immers een eerste stap ondernomen om het echtscheidingsprocesrecht te vereenvoudigen. Het eenvoudige maatschappelijk gegeven dat het aantal echtscheidingsprocedures jaarlijks drastisch toenam, noopte er toe de procedure, die nog voor een groot stuk was geïnspireerd door de gedachte dat de echtscheidingsprocedure zo ingewikkeld mogelijk moest zijn om de echtgenoten er te doen van afzien en zich te verzoenen, grondig te hervormen. Omdat hiertoe (vooralsnog) de politieke consensus ontbrak, werd aan de gronden tot echtscheiding door de wetgever niet geraakt. Een eerste aantal technische correcties aan de wet van 30 juni 1994 werd aangebracht door de «reparatiewet» van 27 december 1994, waarbij een aantal afstammings- en adoptierecht werd doorgevoerd. Een tweede, meer fundamentele, aanpassing en vervollediging van de wet van 30 juni 1994 werd doorgevoerd bij de wet van 20 mei 1997. Vooral inzake voorlopige maatregelen en inzake de overeenkomsten m.b.t. de kinderen in het raam van de echtscheiding door onderlinge toestemming werden grondige aanpassingen aangebracht.

De opzet van deze kroniek bestaat er uiteraard niet in een gestructureerd overzicht te geven van de aanpassing en huidige stand van wetgeving inzake het echtscheidingsrecht. Hiervoor kan worden verwezen naar de talloze publicaties die de nieuwe wetgeving terzake, al dan niet uitvoerig, hebben becommentarieerd.¹ Het ligt evenmin in de bedoeling van de auteur van de kroniek om een systematisch overzicht te geven van de in de bedoelde periode gepubliceerde rechtspraak. Het is wel de bedoeling een aantal tendensen aan te geven en na te gaan hoe onze rechtscolleges, en dan bij voorkeur de hogere rechtscolleges, zich opstellen ten opzichte van de nieuwe wetgeving. Bovendien betekent het niet omdat de wetgever niet heeft geraakt aan de gronden tot echtscheiding, er dienaangaande voor de rechtspraak geen grote rol is weggelegd om deze gronden op een eigentijdse manier in te vullen. De interpretatie van de begrippen «over-

spel» en «beledigend karakter» van het overspel zijn hiervan treffende voorbeelden.

II. VERHOUDING ECHTSCHEIDINGSRECHT - RECHTEN VAN DE MENS EN PERSOONLIJKHEIDSRCHTEN

2. Een tendens die zich blijkbaar in alle rechtstakken, en niet in het minst in het personen- en familierecht, doorzet, is de toenemende invloed van de mensenrechten en persoonlijkheidsrechten. Ook in de besproken periode werd door een aantal advocaten, dikwijls als ultieme redplank, een frontale aanval gepleegd op hetzij een bepaalde echtscheidingsvorm op zichzelf, hetzij op bepaalde bewijstechnieken. De rechtspraak heeft deze aanvallen op gepaste wijze kunnen pareren. Zo heeft het Hof van Cassatie in een arrest van 9 december 1994 beslist dat «het recht om te huwen, bepaald in art. 12 E.V.R.M. en erkend in art. 23.2. van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten, niet het recht impliceert om gehuwd te blijven tegen de wil in van de andere echtgenoot», en dat derhalve «de rechter, wanneer hij de duurzame ontwrichting van het huwelijk vaststelt en op die grond de ontbinding van het huwelijk toestaat (art. 232, eerste lid, B.W.), geen afbreuk doet aan het recht te huwen en zich niet mengt in het privé-leven en gezinsleven van de echtgenoten».²

Art. 8 E.V.R.M. werd tevens ten onrechte ingeroepen in een aantal pogingen om de bewijsmogelijkheid bepaald in art. 1016bis Ger.W. op zichzelf strijdig te doen verklaren met de mensenrechten. Deze stellingname werd in de besproken periode zowel door het Hof van Cassatie als door het Hof van Beroep te Gent terecht verworpen.³ Art. 1016bis Ger.W. vormt immers de uitdrukkelijke wettelijke basis waarnaar wordt verwezen in art. 8, tweede lid, E.V.R.M.. Dit betekent uiteraard niet dat in concrete omstandigheden het optreden van de gerechtsdeurwaarder wel strijdig met de mensenrechten en/of persoonlijkheidsrechten kan zijn. Ook de bewijsvoering met behulp van een privé-detective houdt niet noodzakelijk en *a priori* een schending van het recht op de bescherming van het privé-leven in.⁴

3. In een aantal andere gevallen hebben de hoven en rechtbanken dan weer terecht een schending van de mensenrechten en persoonlijkheidsrechten aangenomen. Zo besloot het Hof van Cassatie op evidente wijze tot een schending van de

* In deze bijdrage werd rekening gehouden met de gepubliceerde rechtspraak tot einde december 1998.

¹ Zonder afbreuk te doen aan andere publicaties, kan worden verwezen naar onder meer P. SENAËVE en W. PINTENS (ed.), *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van de minderjarige. Commentaar op de wetten van 30 juni 1994, 27 december 1994 en 20 mei 1997*, Antwerpen, Maklu, 1997, 425 p.; inzake echtscheiding door onderlinge toestemming: M.-T. MEULDERS-KLEIN, Y.-H. LELEU e.a., *Divorce par consentement mutuel. La réforme de la réforme 1997*, in *Formation permanente CUP Liège*, 1998, 227 p.; voor een meer bondige commentaar: P. SENAËVE, *De «reparatiewet van 27 december 1994 betreffende de echtscheidingsprocedure»*, *E.J.* 1995, 2 e.v., P. SENAËVE, «De aanpassing van de wet tot hervorming van de echtscheidingsprocedures. Commentaar op de wet van 20 mei 1997», *E.J.* 1997, 65 e.v.

² Cass. 9 december 1994, *R.W.* 1995-96, 14, *E.J.* 1995, 11, noot B. POELEMANS, *R. Cass.* 1995, 62, noot C. DE BUSSCHERE, *Arr. Cass.* 1994, 1091, *Pas.* 1994, I, 1079 en *Div.Act.* 1995, 61. Het Hof bevestigde in hetzelfde arrest bovendien de reeds door de rechtsleer gehuldigde stelling dat de voorwaarde van de duurzame ontwrichting van het huwelijk niet hoeft te bestaan bij de aanvang van de feitelijke scheiding, maar slechts op het ogenblik dat de echtscheiding op grond van art. 232 B.W. wordt gevorderd.

³ Cass. 19 oktober 1995, *R.W.* 1995-96, 1036 en *E.J.* 1996, 34, noot P. SENAËVE; Cass. 17 december 1998, *R.W.* 1998-99, 1075, noot F. Aps, *Gent* 17 februari 1997, *R.W.* 1997-98, 1478.

⁴ Brussel 29 april 1997, *E.J.* 1998, 135, noot F. Aps.

art. 8 en 14 E.V.R.M. wanneer de rechter in het raam van art. 1280 Ger.W., bij de begroting van een onderhoudsbijdrage, geen rekening wil houden met de lasten die de echtgenoot heeft voor het levensonderhoud en de opvoeding van de door hem erkende kinderen die uit zijn relatie met een andere vrouw dan zijn echtgenote zijn geboren, en dit op grond van de overweging dat de behoeften van het wettig gezin zouden primeren.⁵ Zo besliste het Hof van Beroep te Gent tevens terecht dat uit de loutere weigering zich aan een lichamelijk onderzoek te onderwerpen (teneinde een weigering tot seksueel verkeer te interpreteren) geen gevolgtrekkingen mogen worden gemaakt inzake het bewijs van een beweerde grove belediging.⁶ Zonder dat het Hof deze stelling zelf verder uitdiept, is het immers duidelijk dat een dergelijke gevolgtrekking in strijd zou zijn met het recht op bescherming van de fysieke integriteit.

III. VOORLOPIGE MAATREGELEN OVEREENKOMSTIG ART. 1280 GER.W.

A. Procesrechtelijke aspecten: temporele bevoegdheid van de Voorzitter

4. Er was in de besproken periode heel wat te doen omtrent de temporele bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg om op grond van art. 1280 Ger.W. voorlopige maatregelen te treffen. Allereerst heeft de wetgever op gelukkige wijze een einde gemaakt aan de controverse die al jarenlang bestond in rechtspraak en rechtsleer omtrent de al dan niet blijvende bevoegdheid van de voorzitter in kort geding om voorlopige maatregelen te bevelen eens dat de echtscheiding definitief was, maar nog een andere echtscheidingseis (hoofdeis of tegeneis, dan wel een voorheen afzonderlijk ingeleide hoofdeis) tussen partijen hangende was. De wetgever heeft terecht geopteerd voor een oplossing waarbij de temporele bevoegdheid van de voorzitter in kort geding ophoudt op het ogenblik dat het huwelijk wordt ontbonden, namelijk vanaf de datum dat het vonnis dat de echtscheiding uitspreekt in kracht van gewijsde is getreden.⁷ De wetgever gaat hiermee in tegen cassatierechtspraak die reeds sinds twee arresten van 30 april 1964 was gevestigd, en in de besproken periode nogmaals impliciet werd bevestigd,⁸ maar in de lagere rechtspraak, vooral dan bij Waalse en Brusselse rechters, op geen algemene steun kon rekenen.⁹ Sinds de wet van 20 mei 1997 is het echter duidelijk dat na de ontbinding van het huwelijk de jeugdrecht-

bank bevoegd is om kennis te nemen van geschillen inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag en het recht op persoonlijk contact, en de vrederechter inzake onderhoudsbijdragen voor de kinderen, alsook inzake de (provisionele) onderhoudsuitkering tussen de ex-echtgenoten op basis van art. 301 B.W., ongeacht er al dan niet nog een andere echtscheidingseis hangende is voor de burgerlijke rechtbank.

5. Zolang het huwelijk echter nog niet is ontbonden, heeft de voorzitter in kort geding een blijvende saisine, en kan hij steeds opnieuw worden geadieerd, zelfs door neerlegging van een eenvoudige conclusie met een vraag tot vaststelling van de zaak.¹⁰ Deze nieuwe mogelijkheid doet echter geen afbreuk aan de inhoudelijke voorwaarden die een nieuw optreden van de voorzitter in kort geding rechtvaardigen. Ook onder de nieuwe wetbepalingen belet de devolutieve werking van het hoger beroep dat de voorzitter in kort geding zich bevoegd zou verklaren om kennis te nemen van een nieuwe vordering overeenkomstig art. 1280 Ger.W. wanneer tegen zijn vorige beslissing hoger beroep werd aangetekend. In dat geval kan de voorzitter enkel nog worden geadieerd op grond van zijn gemeenrechtelijke bevoegdheid overeenkomstig art. 584 Ger.W., zodat de urgentie moet worden bezworen en tevens de zaak enkel aanhangig kan worden gemaakt door een nieuwe dagvaarding of vrijwillige verschijning.¹¹ Evenmin kan een beroep worden gedaan op de mogelijkheid om de zaak opnieuw voor de voorzitter in kort geding te brengen wanneer deze nieuwe vordering niet gebaseerd is op gewijzigde omstandigheden, maar enkel gesteund is op de uitvoeringsmogelijkheden verbonden aan een eindbeslissing inzake voorlopige maatregelen.¹²

De blijvende saisine geldt ook voor zaken die vóór 1 oktober 1994 werden ingeleid, maar niet wanneer er op die datum reeds een eindbeschikking inzake de voorlopige maatregelen werd geveld. In laatstgenoemd geval dienen de voorlopige maatregelen opnieuw aanhangig te worden gemaakt bij dagvaarding of vrijwillige verschijning.¹³

6. Ondanks het feit dat de wetgever voornoemde stelling van het Hof van Cassatie inzake de temporele bevoegdheid van de voorzitter in kort geding heeft afgewezen, heeft hetzelfde Hof in de besproken periode ook zijn verdienste gehad in de bijdrage tot de rechtszekerheid inzake de bevoegdheid van de voorzitter in kort geding. In navolging van zijn vroegere rechtspraak,¹⁴ heeft het Hof beslist dat de voorlopige maatregelen overeenkomstig art. 1280 Ger.W. door de voorzitter in kort geding worden bevolgen tussen echtgenoten die in termen van echtscheiding zijn, zonder echter het

geding zich bevoegd verklaart inzake het toekennen van een provisioneel onderhoudsgeld.

¹⁰ Zie art. 1280, achtste en negende lid, Ger.W., als ingevoegd bij wet van 30 juni 1994.

¹¹ Kort Ged. Brussel 22 maart 1996, *Pas.* 1995, III, 79; zie echter voor twee gevallen waarin de zaak opnieuw voor de rechter werd gebracht door de loutere neerlegging van conclusies: Kort Ged. Brussel 7 februari 1996, *Rev.trim.dr.fam.* 1998, 107; Kort. Ged. Neufchâteau 25 maart 1997, *Rev.trim.dr.dam.* 1998, 76.

¹² Bergen 25 juni 1996, *Div.Act.* 1998, 112.

¹³ Kort Ged. Brussel 30 juni 1995, *E.J.* 1997, 6, noot P. SENAËVE; Kort Ged. Brussel 22 mei 1996, *T.B.B.R.* 1996, 359; Kort Ged. Brussel 22 januari 1998, *Div.Act.* 1998, 125, noot G. BELIARD.

¹⁴ Cass. 4 november 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 263, *Pas.* 1984, I, 242 en *J.T.* 1985, 76.

⁵ Cass. 5 september 1997, *R.W.* 1997-98, 1438, *J.L.M.B.* 1998, 356, noot Y.-H. LELEU, *Div.Act.* 1998, 76, noot A. VAN GYSEL, *Rev.not.b.* 1998, 97 en *J.T.* 1998, 339.

⁶ Gent 10 oktober 1994, *A.J.T.* 1994-95, 163, noot P. HOFSTROSLER.

⁷ Zie art. 1280, eerste en achtste lid, Ger.W., als gewijzigd bij wet van 20 mei 1997.

⁸ Cass. 29 juni 1995, *E.J.* 1996, 22.

⁹ Zie o.a. voor de besproken periode: Kort Ged. Nijvel 27 mei 1994, *J.L.M.B.* 1994, 909 en *Div.Act.* 1995/1, 12, noot E. DE WILDE D'ESTMAEL; Kort Ged. Nijvel 10 juni 1994, *Rev.trim.dr.fam.* 1994, 736; Kort Ged. Namen 29 september 1995, *E.J.* 1996, 9, noot P. SENAËVE; *contra*, wel in de lijn van de cassatierechtspraak: Kort Ged. Brussel 31 mei 1995, *Rev.trim.dr.fam.* 1996, 208, waarin de voorzitter in kort

accessorium te zijn van een bepaalde echtscheidingseis. Het feit dat een echtgenoot afstand doet van zijn echtscheidings-eis op grond van bepaalde feiten, en nadien een echtscheidings-eis instelt op grond van vijf jaar feitelijke scheiding, heeft niet tot gevolg dat de voorlopige maatregelen die werden bevolgen tijdens de eis waarvan afstand werd gedaan, geen uitwerking meer hebben.¹⁵

B. Inhoudelijke aspecten: de toepassing van het hoorrecht van minderjarigen in de praktijk

7. De invoeging bij de wet van 30 juni 1994, in art. 931 B.W., van de mogelijkheid voor de rechter om, ambtshalve of daartoe verzocht door de minderjarige die over het vereiste onderscheidingsvermogen beschikt, de minderjarige te (laten) horen in elk geding dat deze minderjarige betreft, is ongetwijfeld een van de meest besproken innovaties en mogelijkheden waarover de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg in het raam van art. 1280 Ger.W. beschikt. Deze «opwaardering» van de mening van de minderjarige en de, al dan niet gerechtvaardigde, «verwachtingen» die de wet van 13 april 1995 aangaande de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag en het omgangsrecht bij bepaalde ouders heeft teweeggebracht, hebben geleid tot een cascade van procedures waarbij de regeling van het ouderlijk gezag en/of recht op persoonlijk contact (opnieuw) in vraag worden gesteld. Uit de in de besproken periode gepubliceerde rechtspraak blijkt dat de voorzitters van de rechtbanken van eerste aanleg in het raam van art. 1280 Ger.W. herhaaldelijk met een vraag tot het horen van een minderjarige worden geconfronteerd.

Ondanks de vrij duidelijke bewoordingen van de wet, hebben de rechtbanken er bij gelegenheid toch dienen op te wijzen dat het verzoek om te worden gehoord, behoudens de mogelijkheid voor de rechter om ambtshalve de minderjarige uit te nodigen, enkel door de minderjarige zelf kan worden uitgebracht en bijgevolg niet kan uitgaan van een advocaat van een van de ouders, hoewel het deze laatsten niet verboden is hun wens hiertoe uit te drukken.¹⁶ Uit een, weliswaar beperkt, praktijkonderzoek van de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel blijkt dat vanaf tien jaar de minderjarige geacht over het vereiste onderscheidingsvermogen te beschikken, hetgeen niet uitsluit dat in voorkomend geval ook jongere kinderen werden gehoord.¹⁷ In een enkel geval werd geoordeeld dat ook een meerderjarige kan worden gehoord.¹⁸

8. Uit voormeld onderzoek, alsook uit de gepubliceerde rechtspraak, komen op de korte tijdsperiode waarop de regeling van art. 931 Ger.W. in werking is, toch reeds enkele tendensen naar voren. Een eerste tendens bestaat in het feit dat

de rechter het horen van de minderjarige in vele gevallen, en vooral bij jongere kinderen, aan een derde, door hem aangestelde deskundige, overlaat.¹⁹ Naast praktische overwegingen (gebrek aan tijd, gebrek aan de nodige opleiding,...), noopt ook de vaststelling dat zowel de kinderen als de ouders de tussenkomst van een professionele derde dikwijls als minder bedreigend beschouwen, tot deze beslissing. Al te vaak blijkt immers het initiatief van de kinderen om te worden gehoord, en niet in het minst in het raam van voorlopige maatregelen, in werkelijkheid de zoveelste manipulatie van een van de ouders te zijn in een eindeloos echtscheidingsgeschil waarbij het belang van het kind, al dan niet bewust, terzijde wordt geschoven. Deze vaststelling dient de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg ertoe aan te zetten enerzijds het horen van de minderjarige met de nodige zorgen te omkaderen en dit geenszins te doen uitmonden in een vraag naar een voorkeurkeuze naar de ene of andere ouder, en anderzijds de resultaten van de bevraging van de minderjarige in de juiste context te plaatsen.²⁰ Zo is bij een aantal rechters de tendens ontstaan om, wanneer blijkt dat het horen van de minderjarige weinig nieuwe elementen zal opbrengen, omdat de beïnvloeding van een van de ouders determinerend aanwezig is, eerder te opteren voor een niet culpabiliserende oplossing waarbij allerlei derden (bemiddelaars, ontmoetingscentra...) worden ingeschakeld teneinde de dialoog tussen partijen open te houden.²¹ Het Hof van Beroep te Brussel heeft in een arrest van 29 april 1994 er terecht op gewezen dat dergelijke oplossingen in het huidige wettelijk kader enkel mogelijk zijn ter beslechting van een actueel, reeds ontstaan, geschil en het niet tot de bevoegdheden van de voorzitter in kort geding behoort in een bemiddeling «*ad futurum*» te voorzien, voor het geval er zich in de toekomst eventuele problemen zouden voordoen.²² Dergelijke ruimere oplossingen zullen noodzakelijkerwijze dienen te kaderen in een totale multidisciplinaire herziening van de mogelijke oplossingen van echtelijke twisten.²³

¹⁹ Zie o.a. Kort Ged. Doornik 21 oktober 1994, *Rev.trim.dr.fam.* 1995, 541; Kort Ged. Bergen 26 oktober 1994, *Rev.trim.dr.fam.* 1995, 682; Kort Ged. Namen 9 februari 1996, *J.L.M.B.* 1996, 677, *Rev.trim.dr.fam.* 1996, 446 en *J.dr.jeun.* 1996, 184; Kort Ged. Brussel 4 april 1996, *Rev.trim.dr.fam.* 1996, 461; Kort Ged. Brussel 14 mei 1996, *Rev.trim.dr.fam.* 1996, 464.

²⁰ Zie o.a. Kort Ged. Brussel 9 december 1994, *Rev.trim.dr.fam.* 1996, 358; Kort Ged. Brussel 13 april 1995, *Rev.trim.dr.fam.* 1996, 420; Kort Ged. Brussel 12 juni 1996, *Rev.trim.dr.fam.* 1996, 355; zie ook de aanbevelingen gegeven door de Werkgroep Artikel 12; C. MAES, (ed.), *Mogen wij nu ook iets zeggen. Over kinderen, echtscheiding en hun recht om gehoord te worden*, Brugge, Die Keure, 1996, 107 p.

²¹ Zie o.a. Kort Ged. Luik 27 januari 1995, *Rev.trim.dr.fam.* 1995, 552; Kort Ged. Namen 11 april 1997, *Rev.trim.dr.fam.* 1997, 649.

²² Brussel 29 april 1994, *Rev.trim.dr.fam.* 1996, 321, noot J. Sossion.

²³ Vooral langs Franstalige zijde lijkt voor deze aanpak een brede interesse te bestaan: zie o.a. M.T. MEULDERS-KLEIN, R. PERROT, e.a., *Familles et Justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1997, 639 p.; zie ook het verslag van «Soirées du droit familial 1996. Les relations parentales et les tiers intervenants», *Rev. ULB* 1996, 1 e.v. Ook de initiatieven tot echtscheidingsbemiddeling kaderen in deze nieuwe aanpak: zie o.a. het voorstel van decreet houdende scheidingsbemid-

¹⁵ Cass., 4 januari 1996, *R.W.* 1996-97, 268, *E.J.* 1996, 118, noot P. SENAËVE en *Rev.trim.dr.fam.* 1996, 526; zie ook het vonnis *a quo* dat heeft geleid tot voormeld arrest: Beslagr. Mechelen 11 februari 1994, *R.W.* 1995-96, 439.

¹⁶ Zie o.a. Brussel 3 februari 1995, *Pas.* 1994, II, 40; Kort Ged. Brussel 16 november 1994, *J.L.M.B.* 1995, 1044.

¹⁷ P. DONNY, «L'audition de l'enfant, pratiques et dérives», *Rev. ULB* 1996, 169 e.v.

¹⁸ Kort Ged. Brussel 7 november 1996, *E.J.* 1997, 140, afkeuren-de noot B. POELEMANS.

IV. LOT VAN DE DIVERSE VORDERINGEN IN HET RAAM VAN EEN ECHTSCHEIDINGSPROCEDURE

A. De nieuwe regeling inzake aanvullende vorderingen

9. Een van de opmerkelijke maatregelen die werden genomen met het oog op een vereenvoudiging en versnelling van de echtscheidingsprocedure, betreft de invoering van de mogelijkheid tot het instellen van aanvullende vorderingen door de eenvoudige neerlegging van conclusies, zoals dit vroeger, overeenkomstig art. 1268 Ger.W., ook reeds het geval was voor tegenvorderingen. Deze vorderingen worden niet langer als nieuwe vorderingen beschouwd, zodat uitdrukkelijk wordt afgeweken van art. 807 Ger.W. Hiermee werd een einde gemaakt aan de hinderlijke praktijk waarbij een aanvullend verzoekschrift diende te worden neegelegd. Oorspronkelijk was dit zelfs mogelijk indien de procedure op verstek verliep. Thans, na de wetwijziging van 20 mei 1997, kan dit enkel nog bij op tegenspraak genomen conclusie, zodat, indien de verwerende echtgenoot, hetzij in eerste aanleg, hetzij in hoger beroep, verstek laat gaan, de eisende echtgenoot opnieuw zal moeten dagvaarden, en dit teneinde het recht van verdediging van de andere echtgenoot te respecteren.

10. De nieuwe regeling inzake aanvullende vorderingen werd niet aan een bijzondere overgangsmaatregel onderworpen, zodat bijna onvermijdelijk dienaangaande problemen werden opgeworpen voor de rechtbanken. Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 14 november 1997 de logische oplossing, die ook reeds daarvoor door de meerderheid van de lagere rechtbanken werd aangenomen, bekrachtigd: bij gebreke aan bijzondere overgangsbepalingen, dient rekening te worden gehouden met art. 3 Ger.W., zodat de nieuwe regeling ook geldt voor de op het ogenblik van de inwerkingtreding van de wet van 30 juni 1994, meer bepaald 1 oktober 1994, reeds hangende rechtsgedingen.²⁴

B. Wijziging van het voorwerp van de echtscheidingsvordering

11. Het Hof van Beroep te Gent heeft terecht geoordeeld dat de nieuwe regeling voor aanvullende vorderingen niet van toepassing is wanneer het voorwerp van de echtscheidingsvordering (gedeeltelijk) wordt gewijzigd. Voor de omzetting van een vordering tot echtscheiding op grond van fout, overeenkomstig art. 231 B.W., naar een echtscheiding op grond van feitelijke scheiding overeenkomstig art. 232,

deling ingediend door de heer G. SWENNEN en mevrouw S. BECO, *Parl. St. Vlaamse Raad*, 1997-98, nr. 953/1; voorstel van decreet houdende scheidings- of omgangsbegeleiding en scheidingsbemiddeling ingediend door mevrouw P. CEYSSENS, *Parl. St. Vlaamse Raad*, 1998-99, nr. 1140/1.

²⁴ Cass. 14 november 1997, *Rev.not.b.* 1998, 135; Gent 16 oktober 1995, *A.J.T.* 1995-96, 363, noot P. HOFSTROSSLER; Gent 9 januari 1995, *E.J.* 1995, 77; Luik 7 november 1995, *Rev.trim.dr.fam.* 1996, 336, noot J.P. MASSON; Luik 19 februari 1996, *Rev.trim.dr.fam.* 1997, 348 en *J.T.* 1996, 582; Luik 17 maart 1997, *J.T.* 1997, 500 en *J.L.M.B.* 1998, 708, Rb. Turnhout 20 oktober 1994, *Div.Act.* 1995, 46.

eerste lid, B.W., dient dan ook te worden voldaan aan de gemeenrechtelijke voorwaarden van art. 807 Ger.W.²⁵

C. Combinatie van verschillende echtscheidingsvorderingen

12. Op grond van een arrest van het Hof van Cassatie van 15 september 1994 moet worden aangenomen dat de echtgenoot die de echtscheiding reeds heeft verkregen op grond van art. 232, eerste lid, B.W., noch door het neerleggen van conclusies, noch door opnieuw te dagvaarden, de echtscheiding op grond van art. 231 B.W. kan vorderen. Het Hof van Cassatie was immers van oordeel dat, hoewel de gevolgen van beide vorderingen kunnen verschillen, hun voorwerp hetzelfde is, namelijk de ontbinding van het huwelijk.²⁶

D. Echtscheiding op grond van vijf jaar feitelijke scheiding na scheiding van tafel en bed

13. Het Hof van Cassatie heeft in de besproken periode eindelijk een einde gemaakt aan de discussie of echtgenoten die reeds van tafel en bed zijn gescheiden, de echtscheiding op grond van vijf jaar feitelijke scheiding, overeenkomstig art. 232 B.W., kunnen vorderen. In aansluiting bij de meerderheidsstelling in de rechtsleer heeft het Hof in een arrest van 4 mei 1995 deze vraag positief beantwoord.²⁷ Zowel het Hof van Beroep van Beroep van Luik als van Brussel, die voorheen fervent voorstander waren van de tegenovergestelde opvatting, hadden reeds in de besproken periode hun oorspronkelijke rechtspraak in de lijn van de casatierechtspraak gewijzigd.²⁸ Enkel het Hof van Beroep te Gent hield uiteindelijk, vóór de beslechting van de problematiek door het Hof van Cassatie, vast aan de opvatting dat het afzonderlijk wonen van de van tafel en bed gescheiden echtgenoten niet kon worden gelijkgesteld met het begrip «feitelijke scheiding» in de gebruikelijke zin van het woord.²⁹

²⁵ Gent 11 maart 1996, *E.J.* 1996, 76, noot P. SENAËVE; Gent 2 februari 1998, *T.G.R.* 1998, 109; in dezelfde zin: Rb. Turnhout 9 januari 1997, *R.W.* 1997-98, 164.

²⁶ Cass. 15 september 1994, *R.W.* 1994-95, 1091, *Arr.Cass.* 1994, 746, *E.J.* 1995, 27, *Pas.* 1994, I, 728, *Div.Act.* 1996, 50 noot P. SENAËVE en *J.L.M.B.* 1995, 1039; zie ook de kritiek van P. SENAËVE op deze stelling: P. SENAËVE, «Het vorderen van de echtscheiding nadat men reeds op een andere grond de echtscheiding heeft verkregen», *E.J.* 1995, 18.

²⁷ Cass. 4 mei 1995, *R.W.* 1995-96, noot F. Aps, *E.J.* 1995, 69, noot P. SENAËVE, *Arr.Cass.* 1995, 452, *R.Cass.* 1995, 223, noot C. DE BUSSCHERE, *Pas.* 1995, I, 473, *Rev.trim.dr.fam.* 1995, 186, noot, *J.L.M.B.* 1995, 948, *Div.Act.* 1995, 92 noot, *J.T.* 1995, 587 en *Rev.not.b.* 1995, 1995, 298.

²⁸ Zie o.a. het arrest waartegen de voorziening in cassatie was gericht: Brussel 17 mei 1994, *J.T.* 1994, 758, noot C. DE BUSSCHERE, *Not.Fisc.M.* 1994, afl. 8, 11, noot C. DE BUSSCHERE en *Div.Act.* 1995, 14, noot E. DE WILDE D'ESTMAEL.

²⁹ Gent 14 maart 1994, *R.W.* 1994-95, 407, noot J.G. en *T.G.R.* 1995, 12, noot C. DE BUSSCHERE.

V. ECHTSCHEIDING OP GROND VAN BEPAALDE FEITEN: INTERPRETATIE EN BEWIJS VAN DE ECHTSCHEIDINGSGRONDEN

A. Interpretatie van de begrippen «overspel» en «grove beledigingen» als grond tot echtscheiding

1° Beoordeling van het beledigend karakter van het overspel

14. In een overzicht van rechtspraak dat de periode 1988-1994 bestrijkt, werd gewezen op de nieuwe trend in de beoordeling van het overspel als grond tot echtscheiding, waarbij niet het overspel als zodanig, maar de vraag of dit overspel een voor de bedrogen echtgenoot beledigend karakter vertoont, van doorslaggevende betekenis is voor het uitspreken - toen nog «toekennen» - van de echtscheiding.³⁰ Reeds eerder had het Hof van Cassatie immers geoordeeld dat het overspel weliswaar wordt vermoed beledigend te zijn, maar dat de echtgenoot die is tekortgeschoten in zijn getrouwheidsverplichting, bijzondere elementen en omstandigheden kan aanvoeren, die zich ook kunnen situeren buiten de gevallen waarbij de schending van de getrouwheidsplicht uitgelokt, aangemoedigd of geduld wordt - hetgeen reeds daarvoor werd aanvaard -, die het de rechter mogelijk maken het beledigend karakter niet aan te nemen.³¹

Het is dan ook interessant na te gaan of deze tendens zich ook in de besproken periode heeft doorgezet. Uit een, weliswaar beperkte, studie uit de besproken periode blijkt dat de weerlegging van het beledigend karakter niet gemakkelijk wordt aanvaard.³² Uit de gepubliceerde rechtspraak lijken de hoven en rechtbanken bovendien terecht het beledigend karakter enkel niet aan te nemen - of althans aan de verwerende echtgenoot de mogelijkheid te bieden hiervan het tegenbewijs te leveren -, voor eerder frappante gevallen. Enkele arresten van het Hof van Beroep te Luik kunnen hier als voorbeeld dienen. Zo oordeelde dit Hof in een arrest van 24 februari 1997 terecht dat in een geval waarbij een echtgenoot zich, met de loutere bedoeling een onderhoudsgeld te verkrijgen, beroept op een overspel dat 23 jaar geleden is ontstaan, en bovendien vijf jaar na de feitelijke scheiding van partijen - hoewel die nog ruim contact met elkaar onderhielden -, het beledigend karakter ontbreekt.³³ Hetzelfde Hof oordeelde dat, zelfs wanneer een echtgenoot een vonnis kan voorleggen waarin hij met succes zijn vaderschap heeft betwist, en daarenboven een betrapting op overspel, de andere echtgenoot de mogelijkheid moet krijgen om het niet beledigend karakter aan te tonen indien de feiten die daartoe worden aangevoerd, ernstig genoeg en perti-

nent zijn.³⁴ Ook het Hof van Beroep te Bergen oordeelde dat een echtgenoot zich niet kan beroepen op het beledigend karakter van een vastgesteld overspel wanneer diezelfde echtgenoot reeds drie jaar voordien in een procedure van dringende voorlopige maatregelen voor de vrederechter heeft te kennen gegeven de huwelijksband te willen verbreken om openlijk een concubinaatsrelatie met een andere partner aan te gaan.³⁵

Men kan ervan uitgaan dat de hoven en rechtbanken het voormelde principe verder zullen uitwerken. Zij zullen er zich echter voor moeten hoeden de algemene principes voor ogen te houden,³⁶ en deze tendens niet tot een quasi-automatisme te doen verworden, waarbij het in het Belgisch echtscheidingsrecht verboden principe van de schuldcompensatie onverminderd zou worden toegepast. Het is immers de echtgenoot die beweert geen beledigend overspel te hebben gepleegd die het bewijs van precieze omstandigheden moet leveren. De uitspraak waarbij het wordt geacht niet beledigend te zijn omdat dit werd gepleegd vier jaar nadat een echtgenoot zelf de echtelijke woning had verlaten, en deze echtgenoot gedurende de laatste jaren tal van procedures tegen de overspelige echtgenoot had ingesteld, lijkt in dit opzicht dan ook een twijfelgeval.³⁷

2° Grove beledigingen

15. Inzake grove beledigingen als grond tot echtscheiding werd in de besproken periode vooral vroegere rechtspraak bevestigd. Zo werd onder meer herhaald dat het loutere feit de echtelijke verblijfplaats te verlaten, geen grond tot echtscheiding uitmaakt, wanneer dit niet gepaard gaat met concrete omstandigheden die voor de «verlaten» echtgenoot grievend zijn.³⁸ Ook karakteriële onverenigbaarheden maken op zichzelf geen grond tot echtscheiding uit.³⁹ Strafrechtelijke veroordelingen, hetzij wegens familieverlating, hetzij wegens niet-aanbieding van de kinderen, werden in twee gevallen aanvaard als grond tot echtscheiding.⁴⁰ Het Hof legt hierbij wel de nadruk op het feit dat het niet gebonden is door het strafrechtelijk gewijsde wat de beoordeling van het beledigend karakter betreft.⁴¹

Uit dit alles blijkt dat inzake beledigingen, hetzij als grond tot echtscheiding, hetzij als element ter beoordeling van het overspel, het de voorkeur verdient voor ieder geval de concrete omstandigheden af te wegen. Dit is des te meer het ge-

³⁴ Luik 14 oktober 1996, *J.T.* 1997, 275 en *Rev.trim.dr.fam.* 1997, 104; Luik 17 februari 1997, *J.T.* 1997, 521.

³⁵ Bergen 2 november 1995, *Rev.trim.dr.fam.* 1996, 63.

³⁶ Deze woorden vooropgezet in o.a. Rb. Brussel 10 januari 1996, *Rev.trim.dr.fam.* 1996, 79 en 375.

³⁷ Rb. Nijvel 4 april 1995, *Rev.trim.dr.fam.* 1997, 377.

³⁸ Zie o.a. Gent 10 oktober 1994, *A.J.T.* 1994-95, 163, noot P. HOFSTROSSLER; Gent 29 april 1996, *A.J.T.* 1996-97, 295, noot E. DE GROOTE.

³⁹ Gent 29 april 1996, geciteerd in vorige voetnoot.

⁴⁰ Luik 11 december 1995, *Rev.trim.dr.fam.* 1996, 343; Luik 17 maart 1997, *J.T.* 1997, 500 en *J.L.M.B.* 1998, 708.

⁴¹ In dezelfde zin: Luik 14 oktober 1996, *J.T.* 1997, 275 en *Rev.trim.dr.fam.* 1997, 104; m.b.t. een veroordeling wegens valsheid in geschriften t.a.v. de andere echtgenoot: Rb. Aarlen 10 januari 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1576 en *T.B.B.R.* 1998, 58.

³⁰ G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAELEER en K. JACOBS, «Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)», *T.P.R.* 1994, p. 2163 e.v., nrs. 190 e.v.

³¹ Zie o.a. Cass. 8 maart 1984, *Pas.* 1984, I, 801, *J.T.* 1984, 426 en *Rev.trim.dr.fam.* 1984, 297; Cass. 17 januari 1985, *R.W.* 1985-86, 1565 en *Pas.* 1985, I, 570.

³² K. TOBBACK, «Echtscheiding op grond van bepaalde feiten - Analyse van de vonnissen van 1995 van de rechtbanken van eerste aanleg van Turnhout en Leuven», *E.J.* 1997, 152.

³³ Luik 24 februari 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1032, *Rev.trim.dr.fam.* 1997, 366 en *Div.Act.* 1997, 158.

val wanneer het gaat om zeer persoonsgebonden zaken, zoals de geloofsbelijdenis en de beleving van seksualiteit.⁴²

16. Inzake de toerekenbaarheid van de grove belediging, het intentionele element van de grove beledigingen als echtscheidingsgrond, dient te worden gewezen op een opmerkelijke uitspraak van het Hof van Beroep te Brussel waarin het Hof, in afwijking van de algemeen aanvaarde stelling dienaangaande, oordeelt dat alcoholmisbruik, wanneer de veelvuldigheid ervan een normaal huwelijksleven onmogelijk maakt, een grove belediging kan vormen, zelfs als dit te wijten is aan een lichamelijke of psychische ziekte. In de annotatie bij voornoemd arrest wordt deze stelling terecht bekritiseerd, ondanks het feit dat het Hof zichzelf nadien «corrigeert» door *in casu* het beledigend karakter niet aan te nemen. Het algemeen en intentioneel, concreet, opzet van de grove belediging mogen immers niet met mekaar worden verward.⁴³

B. Bewijs van overspel en grove beledigingen

1° Toepassing en draagwijdte van art. 1016bis Ger.W.: vaststelling van homoseksuele relaties

17. Door de verruimde mogelijkheid die aan de feitenrechter wordt geboden om het beledigend karakter van het overspel te evalueren, is het logisch dat ook de rol van de vaststelling van het overspel bij gerechtsdeurwaardersexploot als «absoluut bewijsmiddel» dient te worden genuanceerd. Dit betekent echter gezinszins dat dit bewijsmiddel totaál op de achtergrond verdwijnt. Ten eerste dient te worden herinnerd aan het feit dat pogingen om het bewijsmiddel als bepaald in art. 1016bis Ger.W., op zichzelf strijdig te verklaren met art. 8 E.V.R.M., stevast werden afgewezen.⁴⁴ Het Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 19 oktober 1995 bovendien bevestigd dat een proces-verbaal van vaststelling van overspel als bewijsmiddel kan worden gebruikt voor een echtscheiding op grond van grove beledigingen.⁴⁵ Dit betekent echter niet dat om het even welke gedraging van de echtgenoten kan worden vastgesteld bij gerechtsdeurwaardersexploot. Hiervoor is immers vereist dat het proces-verbaal van vaststelling en de hierop gebaseerde vaststellingen zelf rechtsgeldig zijn totstandgekomen. Tot voor kort kon dan ook geen goedkeuring worden verleend aan de praktijk van bepaalde rechtbanken die erin bestond om het bewijsmiddel, als bepaald in art. 1016bis Ger.W., van zijn eigenlijk doel af te wenden en als bewijsmiddel aan te nemen teneinde een praktische oplossing te bieden voor het principieel verbod om de vaststelling bij gerechtsdeurwaarder wetens en willens aan te wenden om een buitenechtelijke homoseks-

suele relatie te laten vaststellen.⁴⁶ In de klassieke interpretatie werd het overspel immers opgevat als «de voltrokken geslachtsgemeenschap van een gehuwde persoon met iemand van het andere geslacht die niet zijn echtgenoot is.»⁴⁷ In een belangrijk arrest van 17 december 1998 heeft het Hof van Cassatie echter terecht orde op zaken gesteld en het begrip «overspel» in een moderne opvatting tevens uitgebreid tot homoseksuele relaties.⁴⁸ Voortaan kan dus de «bedrogen» echtgenoot expliciet machtiging vragen om een homoseksuele overspelige relatie van zijn partner te doen vaststellen overeenkomstig art. 1016bis Ger.W. Kwalificeert de rechter ten gronde de vastgestelde feiten niet als «overspel» - omdat er onvoldoene aanwijzingen van geslachtsgemeenschap zijn -, dan kunnen de vaststellingen voortaan ook geldig als een bewijs van grove beledigingen worden aangevoerd.

2° Bewijswaarde van bekentenissen en van andere bewijsmiddelen

18. De wetgever heeft ter gelegenheid van de wetswijziging van 30 juni 1994 de discriminatie opgeheven inzake de bewijswaarde van de bekentenis in enerzijds de procedure van echtscheiding op grond van fout, en anderzijds de procedure op grond van vijf jaar feitelijke scheiding. In nieuwe procedures alsook in alle reeds hangende gedingen op 1 oktober 1994, kan voortaan ook het bewijs van vijf jaar feitelijke scheiding worden geleverd door alle middelen rechtens, met uitzondering van de gedingbeslissende eed. Een voorstel om van de bekentenis een absoluut bewijsmiddel te maken, overeenkomstig het gemene recht, werd afgewezen, zodat ook na de wetwijziging de rechter zal nagaan of de bekentenis oprecht is dan wel of er sprake is van collusie tussen de echtgenoten, in welk geval hij de bekentenis als bewijsmiddel kan verwerpen.⁴⁹

19. Rekening houdende met de versoepeling van het bewijs inzake echtscheiding in het algemeen en de liberale positie die de Burgerlijke Rechtbank te Antwerpen inneemt inzake het bewijs van een beledigende gedraging van een van

⁴² Voor een voorbeeld van een delicate aanpak dienaangaande: Rb. Doornik 30 juni 1997, *E.J.* 1998, 92, noot E. COENE.

⁴³ Brussel 27 januari 1998, *A.J.T.* 1998-99, 57, noot F. SWENNEN. In het arrest en bijhorende annotatie komt ook het gebruik van medische attesten en vertrouwelijke briefwisseling als bewijs aan bod. Voor een opmerkelijke studie over onder meer de toerekenbaarheid van de echtscheiding, zie A. VAN GYSEL, «Divorce et capacité», in *Actualité du droit du divorce*, Brussel, Bruylant, 1996, 9, e.v.).

⁴⁴ Cfr. *supra*, randnummer 2.

⁴⁵ Cass. 19 oktober 1995, *R.W.* 1995-96, 1036 en *E.J.* 1996, 34, noot P. SENAËVE.

⁴⁶ Zie hierover uitgebreid: F. Aps, «De vaststelling bij deurwaardersexploot van homoseksuele relaties in het raam van een echtscheidingsprocedures», (noot onder Rb. Antwerpen 24 november 1994), *R.W.* 1995-96, 510 e.v.); voorbeelden uit de besproken periode waarin de expliciete vraag tot machtiging tot vaststelling van een homoseksuele relatie terecht werd afgewezen: Antwerpen 18 december 1995, *R.W.* 1996-97, 364; Rb. Luik 2 september 1994, *Pas.* 1994, III, 19, *Div. Act.* 1995, 126 en *Rev.trim.dr.fam.* 1996, 185; *contra*, op impliciete wijze: Rb. Nijvel 9 mei 1995, *Div. Act.* 1995, 127, en *J.T.* 1995, 612; Rb. Nijvel 29 oktober 1996, *J.T.* 1997, 116.

⁴⁷ Deze interpretatie was onder meer gesteund op oudere cassatierechtspraak en de traditie die «natuurlijke geslachtelijke omgang» vereisen: zie Cass. 12 december 1910, *Pas.* 1911, I, 46; Cass. 13 april 1959, *Pas.* 1959, I, 806, L. DE WILDE, *Overspel en onderhoud van een bijzit*, in *A.P.R.*, Brussel, Larquier, 1967, 29 en de daar aangehaalde verwijzingen; zie ook *Vr. en Antw.*, *Senaat*, 1997-98, 3 februari 1998, 3368 (Vraag nr. 173 van ANCIAUX).

⁴⁸ Cass., 17 december 1998, *R.W.* 1998-99, 1075, noot F. Aps.

⁴⁹ Zie voor toepassingen in de besproken periode: Brussel 13 juni 1996, *E.J.* 1997, 29, noot K. TOBBACK; Brussel 16 september 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1696; Luik 18 november 1997, *J.L.M.B.* 1998, 374; Rb. Antwerpen 24 november 1994, *R.W.*, 1995-96, 509, n noot F. Aps; Rb. Hasselt 10 januari 1995, *Limb.rechtsl.* 1995, 60; Rb. Aarlen 10 januari 1997, *T.B.B.R.* 1997, 446 en *J.T.* 1998, 460.

de echtgenoten middels een vaststelling bij deurwaarders-exploot is het eigenaardig te moeten vaststellen dat deze rechtbank zich blijkbaar zeer streng opstelt t.a.v. de bewijswaarde van andere bewijsmiddelen. Zo verklaarde deze rechtbank in een vonnis van 9 februari 1995 zowel een hoofdeis tot echtscheiding, waarbij de samenleving van de man met een andere vrouw bleek uit een attest van samenstelling van gezin, alsook de tegeneis tot echtscheiding, waarbij de tegevordering werd gesteund op een geboortekaartje waaruit het overspel zou blijken, ongegrond.⁵⁰

VI. ECHTSCHEIDING DOOR ONDERLINGE TOESTEMMING: OPTREDEN VAN DE PARTIJEN NA DE TWEDE VERSCHIJNING

20. Hoewel uiteraard de procedure van echtscheiding door onderlinge toestemming fundamenteel blijft gekenmerkt door de onderlinge en volgehouden toestemming van de echtgenoten, heeft de wetwijziging van 30 juni 1994 de mogelijkheid voor de echtgenoten om de procedure tot het allerlaatste ogenblik te verlammen, aanzienlijk beperkt. De vraag tot op welk ogenblik zich thans de volgehouden onderlinge toestemming van de echtgenoten dient te manifesteren, heeft reeds tot, weliswaar beperkte, casuïstiek geleid. In een arrest van 24 april 1996 heeft het Hof van Beroep te Antwerpen terecht beslist dat het de betrokken partijen niet meer geoorloofd is om na de tweede verschijning, die thans de laatste is, de griffier verbod op te leggen om het uittreksel met het beschikkend gedeelte van het vonnis of arrest dat de echtscheiding uitspreekt door te sturen naar de ambtenaar van de burgerlijke stand.⁵¹ Deze oplossing is volstrekt logisch en volgt uit het feit dat voortaan voor de overschrijving geen laatste optreden, gezamenlijk of afzonderlijk, van de echtgenoten meer vereist is, omdat deze taak krachtens het gewijzigde art. 1303 Ger.W. wordt opgedragen aan de griffier van de rechtbank van eerste aanleg en de ambtenaar van de burgerlijke stand.

21. Een meer betwiste oplossing werd door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt gegeven aan de vraag of na de tweede verschijning van de echtgenoten waarbij zij hun volgehouden wil om uit de echt te scheiden hebben geuit, nog een afstand van procedure door een van de partijen mogelijk is. De rechtbank te Hasselt beantwoordde deze vraag alvast negatief, en dit op grond van de overweging dat na de tweede verschijning de rechtbank, de overeenkomstig de art. 1298 *juncto* 1297 Ger.W., enkel nog kan nagaan of aan de wettelijke voorwaarden naar vorm en inhoud is voldaan.⁵² In de annotaties bij voormeld vonnis wordt echter deze streng formalistische oplossing terecht bekritiseerd en stellen de auteurs, weliswaar op grond van andere overwegingen, dat zolang de echtscheiding niet is uitgesproken, elke partij op het echtscheidingsverzoek moet kunnen terugkomen.

⁵⁰ Rb. Antwerpen 9 februari 1995, *R.W.* 1995-96, 550.

⁵¹ Antwerpen 24 april 1996, *E.J.* 1996, 150, noot S. MOSSELMANS.

⁵² Rb. Hasselt 4 november 1997, *R.W.* 1997-98, 1342, noot W. PINTENS en *E.J.* 1998, 95, noot F. BUYSSENS.

VII. ENKELE ACTUALIA INZAKE HET ONDERHOUDSVRAAGSTUK

A. Karakter van het onderhoudsgeld overeenkomstig art. 301 B.W.

1° Definitief onderhoudsgeld

22. Het Hof van Cassatie heeft in de besproken periode andermaal de kans gehad zich uit te spreken over de onderhoudsuitkering ex art. 301 B.W. Wat het definitief onderhoudsgeld na echtscheiding betreft, bevestigt het zijn constante rechtspraak dat de uitkering op grond van art. 301 B.W. een gemengd alimentair-indemnitair karakter heeft.⁵³ Het Hof van Cassatie heeft in de besproken periode tevens het algemeen principe verder uitgewerkt inzake de mogelijkheid voor de rechter om onderhoudsuitkeringen retroactief toe te kennen, alsook aan te passen. Meer bepaald heeft het Hof in een arrest van 16 juni 1995 geoordeeld dat noch enig rechtsbeginsel, noch de rechtspreuk «onderhoudsgeld laat geen achterstallen toe» eraan in de weg staan dat opheffing of vermindering van een rechterlijk vastgestelde uitkering na echtscheiding wordt toegestaan over een tijdvak verlopen vóór de dag van de vordering tot opheffing of vermindering.⁵⁴ Tot zover dus geen verrassingen in de cassatierechtspraak m.b.t. de besproken periode.

2° Provisioneel onderhoudsgeld

23. Meer innoverend is echter de stelling van het Hof van Cassatie inzake de provisionele onderhoudsuitkering gegrond op art. 301 B.W., de onderhoudsuitkering die de echtgenoot kan vorderen die de echtscheiding reeds heeft verkregen, hetzij op hoofdeis, hetzij op tegeneis, terwijl de eis van de andere echtgenoot nog hangende is. In een arrest van 21 december 1995 sluit het Hof van Cassatie zich aan bij de minderheidsopvatting terzake, die de gelijkwaardige levensstandaard als criterium vooropstelt.⁵⁵ De meerderheidsstelling in rechtspraak en rechtsleer stelt daarentegen het gemeenschappelijk criterium voorop de «onmiddellijke nood».⁵⁶ In een annotatie bij voornoemd arrest wordt terecht gesteld dat in een stadium van de procedure waarin nog een eis hangende is, nog niet alle voorwaarden vervuld zijn om aanspraak te kunnen maken op een uitkering met als referentiestandaard de gelijkwaardige levensstandaard.⁵⁷ Rekening houdende met het gebrek aan een duidelijke motivering in het arrest, valt nog af te wachten of de lagere rechtbanken

⁵³ Cass., 18 mei 1995, *E.J.* 1995, 89, noot J. ROODHOOF; in dezelfde zin; Rb. Brussel 9 april 1997, *Rev.trim.dr.fam.* 1997, 400; Vred. Westerlo 31 januari 1997, *R.W.* 1997-98, 1509.

⁵⁴ Cass. 16 juni 1995, *E.J.* 1996, 23, noot J. ROODHOOF en *Rev.trim.dr.fam.* 1996, 523.

⁵⁵ Cass. 21 december 1995, *R.W.* 1996-97, 323 en *E.J.* 1996, 91, noot J. ROODHOOF.

⁵⁶ Zie voor de besproken periode: Gent 27 februari 1995, *Echtsch.* 1995, 91; Rb. Gent 11 april 1995, *T.G.R.* 1996, 5.

⁵⁷ J. ROODHOOF, «Strekt de provisionele onderhoudsuitkering ertoe een gelijkwaardige levensstandaard te waarborgen?» (noot onder Cass. 21 december 1995), *E.J.*, 1996, 96.

de stelling van het Hof van Cassatie zullen volgen. Het Hof van Beroep te Luik is dit blijkbaar alvast niet van plan.⁵⁸

B. Concrete begroting: tendens tot objectivering

24. Wat de concrete begroting van de onderhoudsuitkering ex art. 301 B.W. betreft, dient te worden gewezen op de ontwikkeling in de rechtsleer van een methode om deze uitkering op een zo objectief mogelijke wijze te begroten. In een doctoraal proefschrift werd dienaangaande door J. Roodhooft een systematiek ontworpen die uitgaat van een driefasenredenering die zowel bruikbaar is bij de initiële begroting als bij een wijzigingsprocedure. Het is daarbij de bedoeling de abstracte parameters waarna wordt verwezen in art. 301 B.W. - gelijkwaardige levensstandaard, financiële draagkracht van de onderhoudsschuldeiser en financiële draagkracht van de onderhoudsschuldenaar - in zo concreet mogelijke bedragen om te zetten, waarbij rekening wordt gehouden met zoveel mogelijk gegevens, waaronder onder meer de fiscale implicaties die verbonden zijn aan het ontvangen, respectievelijk het betalen van een onderhoudsuitkering.⁵⁹ De toekomst zal moeten uitwijzen of de rechtbanken deze driefasenredenering in de praktijk zullen toepassen. De Vrederechter van Westerlo lijkt alvast voor dit idee gewonnen.⁶⁰ Diezelfde vrederechter tracht trouwens ook de onderhoudsbijdragen voor kinderen op objectieve wijze te begroten, en dit overeenkomstig de formule Renard zoals die in het Waalse landsgedeelte door meer en meer rechters wordt toegepast.⁶¹

C. Contractuele vormgeving

1° Art. 301 B.W. en de mogelijkheid tot het aangaan van een dading

25. De mogelijkheid tot het bedingen van een contractuele regeling van de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten na echtscheiding kwam aan bod in een arrest van het Hof van Cassatie van 9 september 1994. Uit deze uitspraak volgt niet enkel de bevestiging van vroegere rechtspraak waarbij het Hof stelt dat de reeds uit de echt gescheiden echtgenoten een dading kunnen sluiten over de uitkering op basis van art. 301 B.W., zonder zich daarvoor tot de rechtbank te moeten richten, maar bovendien ook de onwijzigbaarheid van

een dergelijke overeenkomst van dading - wat volgt uit art. 2052 B.W., ook al is de toestand van de onderhoudsgerechtigde of onderhoudsplichtige sinds het sluiten van die overeenkomst gewijzigd.⁶²

2° Contractuele regeling van het persoonlijk onderhoudsgeld en van de onderhoudsbijdrage voor de kinderen in het raam van een echtscheiding door onderlinge toestemming

26. De mogelijkheid bij uitstrek om aan het onderhoudsvraagstuk een contractuele regeling te geven, blijft uiteraard de echtscheiding door onderlinge toestemming. Ook in de besproken periode heeft de vraag of deze uitkeringen nadien nog kunnen worden gewijzigd heel wat inkt doen vloeien. De wetgever heeft weliswaar, in de nieuwe redactie van art. 1288, 4°, Ger.W., de echtgenoten «gedwongen» na te denken over een «aanpassingsformule» en deze ook effectief op te nemen in de voorafgaande overeenkomst, maar ook na wetswijzigingen van 30 juni 1994 en 20 mei 1997 blijft de onderhoudsuitkering tussen de (ex-)echtgenoten principieel onveranderlijk, behoudens wijzigingsclausules in die zin. Zo werd in de besproken periode onder meer het beginsel van de uitvoering van overeenkomsten te goeder trouw door het Hof van Cassatie als wijzigingsgrond afgewezen.⁶³

27. De mogelijkheid tot wijziging van de onderhoudsbijdrage voor de kinderen heeft een turbulenter verloop gekend. Ook in de besproken periode, vlak vóór de wetswijziging van 30 juni 1994, bleef het Hof van Cassatie een zeer restrictieve opvatting verdedigen, waarbij het respect voor de verbindende kracht van de overeenkomsten een door een ouder gevraagde wijziging van de initieel overeengekomen onderhoudsbijdrage zeer moeilijk maakte, althans bij gebreke aan wijzigingsclausules in die zin.⁶⁴

Ook een eerste poging van de wetgever om door een wetswijziging deze restrictieve rechtspraak te milderen, werd in de rechtsleer op zware kritiek onthaald. Het feit dat, overeenkomstig het bij de wet van 30 juni 1994 ingevoegd nieuw laatste lid van art. 1288 Ger.W., de voorafgaande overeenkomsten voortaan zouden kunnen worden gewijzigd «wanneer nieuwe en onvoorziebare omstandigheden de toestand van de kinderen ingrijpend wijzigen», zou immers, door een strenge toepassing van het criterium van de onvoorziebaarheid, tot hetzelfde resultaat leiden, namelijk de afwijzing van de vordering tot wijziging. In de gepubliceerde rechtspraak lijken jammer genoeg geen voorbeelden terug te vinden te

⁵⁸ Luik 11 februari 1997, *Rev.trim.dr.fam.* 1997,362; Luik 15 mei 1997, *J.T.* 1997, 709.

⁵⁹ Zie hierover uitgebreid het voornoemde proefschrift: J. ROODHOOF, *De gerechtelijke begroting van de onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 619 p.; zie ook voor een bondige bespreking: J. ROODHOOF, noot onder Vred. Westerlo 24 januari 1996, *E.J.* 1996, 39 e.v..

⁶⁰ Zie o.a. Vred. Westerlo 24 januari 1996, *E.J.* 1996, 38, noot J. ROODHOOF; Vred. Westerlo 31 januari 1997, *R.W.* 1997-98, 1509 en *A.J.T.* 1998-99, 137, noot B. POELEMANS.

⁶¹ Vred. Westerlo 5 juni 1998, *A.J.T.* 1998-99, 165, noot B. POELEMANS; voor enkele toepassingen van deze methode in het Waalse landsgedeelte tijdens de besproken periode: Bergen 4 oktober 1995, *J.T.* 1996, 226; Bergen 9 mei 1996, *Div.Act.* 1996, 156; Bergen 28 mei 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1560; verwerping van de methode RENARD: Jeugdrrb. Namen 13 juni 1995, *Div.Act.* 1995, 140, noot E. DE WILDE D'ESTMAEL en J. FRANEAU.

⁶² Cass. 9 september 1994, *R.W.* 1994-95, 1070, *E.J.* 1995, 25, noot J. ROODHOOF, *R. Cass.* 1995, 8, noot B. POELEMANS en *Arr.Cass.* 1994, 726.

⁶³ Cass. 14 april 1994, *R.W.* 1994-95, 434 en *Arr.Cass.* 1994, 369.

⁶⁴ Cass. 24 maart 1994, *R.W.* 1994-95, 829, *Arr.Cass.* 1994, 305, *Pas.* 1994, I, 303, *J.T.* 1994, 479 en *Div.Act.* 1995, 122, noot E. DE WILDE D'ESTMAEL; Cass. 21 maart 1997, *R.W.* 1997-98, 1074; in dezelfde zin: Vred. Mol 22 maart 1994 en 19 april 1994, *Turn. Rechtsl.* 1995-96, 35 zn 36; Vred. Wezet 15 septelber 1994, *J.T.* 1995, 389. Niet alle lagere rechtspraak volgde echter deze strenge rechtspraak (zie o.a.: Vred. Zelzate 16 februari en 2 maart 1995, *A.J.T.* 1994-95, 399 en 400, noot B. POELEMANS; Vred. St.-Gillis 14 februari 1996, *T.Vred.* 1996, 411). Voorbeelden van interpretatie van wijzigingsclausules: Vred. Doornik 12 oktober 1994, *Div.Act.* 1995, 60; Vred. Brussel 14 december 1994, *Div.Act.* 1996, 13; Vred. Doornik 18 januari 1995, *Div.Act.* 1995, 58.

zijn waarbij duidelijk naar dit criterium wordt teruggegrepen.⁶⁵

Een duidelijke versoepeling werd slechts ingevoerd bij de wet van 20 mei 1997 waarbij voortaan wijzigingen mogelijk worden «wanneer nieuwe omstandigheden buiten de wil van de partijen hun toestand of die van de kinderen ingrijpend wijzigen». Hierbij lijkt het toch wel noodzakelijk het belang van het kind als essentieel toetsingscriterium te hanteren.⁶⁶ Het Hof van Beroep te Gent is van oordeel dat hierbij het belang van het kind niet intenser moet geprofileerd zijn dan bijvoorbeeld bij een echtscheiding op grond van bepaalde feiten.⁶⁷

Het is duidelijk dat ook de libellering, als ingevoerd bij de wet van 20 mei 1997, hoewel op zichzelf een versoepeling, aanleiding zal blijven geven tot discussies in de rechtspraak en rechtsleer, onder meer betreffende de vraag of deze wijzigingen al dan niet door de rechtbank moeten worden gehomologeerd. Het antwoord op deze vraag lijkt bevestigend, ook na het arrest van het Hof van Cassatie van 16 januari 1997 waarbij het Hof heeft beslist dat geen enkele wetsbepaling eraan in de weg staat dat ouders over hun repectieve bijdrage in de kosten van levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding van hun kinderen een overeenkomst sluiten die afwijkt van de bijdrageregeling zoals de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg die in het raam van art. 1280 Ger.W. tijdens het echtscheidingsgeding heeft vastgelegd, voor zover die overeenkomst de rechtmatige belangen van de kinderen niet miskent en die overeenkomst voor de ouders of een van hen geen ontheffing inhoudt van hun verplichting ex art. 203 B.W.⁶⁸

VIII. GEVOLGEN VAN DE ECHTSCHIEDING OP DE MOGELIJKHEID DE NIETIGVERKLARING TE VORDEREN OP GROND VAN ART. 224 B.W.

28. Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 20 december 1996 op gelukkige wijze positie ingenomen omtrent de kwestie naar de gevolgen van de echtscheiding op de mogelijkheid om de sanctie van nietigverklaring overeenkomstig art. 224 B.W. in te roepen. Vóór dit arrest van het Hof van Cassatie was een deel van de rechtspraak, inzonderheid die van het Hof van Beroep te Antwerpen immers van oordeel dat art. 224 B.W. als bepaling van het primair stelsel slechts geldig kon blijven tot aan de ontbinding van het huwelijk.⁶⁹ Deze stelling werd terecht bekritiseerd door de rechtsleer, die stelde dat niets uitsluit dat de sanctiemoge-

lijkheden t.a.v. vóór de ontbinding van het huwelijk gestelde rechtshandelingen, nog worden aangewend na de ontbinding van het huwelijk, op voorwaarde uiteraard dat de vervaltermijn van art. 224 B.W., § 2, B.W. wordt gerespecteerd.⁷⁰ Deze laatste stelling werd door het Hof van Cassatie, weliswaar opnieuw op grond van een zeer bondige motivering, in het voornoemde arrest bevestigd.⁷¹

IX. INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

29. Op het gebied van het internationaal privaatrecht vallen twee uitspraken op i.v.m. de toepassing van art. 1 van de wet 27 juni 1960 op de toelaatbaarheid van de echtscheiding wanneer ten minste één van de echtgenoten een vreemdeling is (de zogenaamde Wet Rolin). Er dient aan te worden herinnerd dat art. 1 van voornoemde wet bepaalt dat, in geval van een huwelijk tussen vreemdelingen, de toelaatbaarheid van de echtscheiding wegens een bepaalde oorzaak wordt beheerst door de Belgische wet, tenzij de nationale wet van de echtgenoot die de echtscheiding vraagt, zich ertegen verzet.

Welnu, Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 29 september 1994 deze laatste voorwaarde eng geïnterpreteerd. *In casu* wilde een man met gemengde Britse en Ierse nationaliteit voor de Belgische rechter - de woonplaats van het echtpaar was in België - op grond van bepaalde feiten scheiden van zijn Franse echtgenote. Het Hof van Beroep te Brussel had deze vordering ontvankelijk verklaard en redeneerde dat de Ierse wet weliswaar de echtscheiding niet kent, maar wel het instituut en de gevolgen erkent wanneer zij is toegestaan door de rechter van het land waarin een van beide echtgenoten zijn woonplaats heeft. Het Hof van Cassatie volgde echter deze redenering niet en oordeelde dat uit deze erkenning niet kan worden afgeleid dat de Ierse wet zich niet tegen de echtscheiding als zodanig verzet.⁷² Het Hof van Cassatie gaat met deze uitspraak duidelijk in tegen de soepele interpretatie die door de lagere rechtbanken aan dit probleem werd gegeven, en trouwens zelf door hetzelfde Hof vroeger was ingezet, en lijkt bovendien door deze uitspraak de mogelijkheid tot *renvoi* inzake echtscheiding te beperken.⁷³

30. Een andere uitspraak die van belang kan zijn voor de ontwikkeling van de rechtspraak inzake de interpretatie van art. 1 Wet Rolin, betreft een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 26 maart 1996. In tegenstelling tot voornoemde uitspraak van het Hof van Cassatie, gaat het hier om een verruimde opvatting van art. 1 Wet Rolin. Het Hof te Brussel oordeelde dat de echtscheiding «wegens bepaalde oorzaak» tussen twee vreemde echtgenoten, waarvan sprake in

⁶⁵ B. POELEMANS, noot onder Vred. Zelzate 16 februari en 2 maart 1995, *A.J.T.*, 1994-95, 399-400.

⁶⁶ F. BUYSENS, «Wijziging, na echtscheiding door onderlinge toestemming, van de onderhoudsbijdrage voor de kinderen», *R.W.* 1997-98, 1069.

⁶⁷ Gent 26 mei 1998, *T.W.V.R.* 1998, 66.

⁶⁸ Cass. 16 januari 1997, *R.W.* 1997-98, 117; voor voorstanders van de verplichte homologatie, zie o.a. F. BUYSENS, o.c., *R.W.* 1997-98, 1071; P. SENAËVE, o.c., *E.J.* 1997, 90; *contra*: J. GERLO, «Overeenkomsten over kinderen», (noot onder Cass. 16 januari 1997), *R.W.* 1997-98, 117; J.L. RENCHON, «La loi du 20 mai 1997 réparatrice de la réforme des procédures en divorce», *J.T.* 1997, 760.

⁶⁹ Zie o.a. in deze zin: Antwerpen 8 maart 1994, *R.W.* 1993-94, 1372, arrest waartegen de voorziening in cassatie werd gericht; Antwerpen 6 maart 1995, *R.W.* 1995-96, 91, noot F. BOUCKAERT.

⁷⁰ Zie o.a. P. SENAËVE, «Knelpunten uit het primair stelsel: art. 221, 223 en 224 B.W.», in *De wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels*, 35.

⁷¹ Cass. 20 december 1996, *R.W.* 1997-98, 580, *T.B.B.R.* 1998, 133 not Y.-H. LELEU en *Div.act.* 1997, 154, noot E. DE WILDE D'ESTMAEL.

⁷² Cass. 29 september 1994, *R.W.* 1994-95, 1330, noot t.J. MEEUSEN, *T.Not.* 1995, 363, noot K. WAUTERS-LAMBEIN en W. WAUTERS, *R.Cass.* 1995, 87, noot F. BOUCKAERT, *E.J.* 1995, 74, noot H. JACOBS, *Arr.Cass.* 1994, 795, *Rev.trim.dr.fam.* 1994, 517, noot M. FALLON, *Pas.* 1994, I, 778 en *J.L.M.B.* 1995, 516, noot M. LIENARD-LIGNY.

⁷³ Zie de geciteerde annotaties bij voornoemd arrest.

voornoemde wet, ook de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding, overeenkomstig art. 232 B.W. omvat, en dus niet beperkt is tot de echtscheiding op grond van bepaalde feiten, als bepaald in art. 229 en 231 B.W.⁷⁴ Met deze uitspraak sluit het Hof van Beroep te Brussel duidelijk aan bij

⁷⁴ Brussel 26 maart 1996, *E.J.* 1998, 57, noot C. DE BUSSCHERE, *Div.Act.* 1998, 10, noot E. de WILDE D'ESTMAEL en *Rev.trim.dr.fam.* 1997, 352.

de groeiende tendens in de rechtspraak en de rechtsleer om art. 1 Wet Rolin, althans op dit vlak, een ruime interpretatie toe te kennen.

Febian APS
Assistent K.U.Leuven
Advocaat

DE UITHUISZETTING

INLEIDING

1. De reële executie wordt nagenoeg niet in het Gerechtelijk Wetboek geregeld. ¹ De tenuitvoerlegging van vonnissen tot uithuiszetting vormt thans een belangrijke uitzondering. Ze wordt geregeld in de art. 1344ter-1344sexies Ger.W.

2. Deze nieuwe bepalingen werden bij de wet van 30 november 1998 (*B.S.*, 1 januari 1999) ingevoegd. Deze wet beoogt de humanisering van de uithuiszetting. Ze onderwerpt deze maatregel aan een aantal strikte eisen. De sociale begeleiding van de huurder tegen wie de uithuiszetting wordt gevorderd, was echter de eerste doelstelling van de wetgever. Hij achtte het geraadzaam, in het raam van de armoedebestrijding, bij de uitzetting van huurders uit hun woningen een bemiddelende rol toe te vertrouwen aan het O.C.M.W. Dit uitgangspunt van de wetgever verklaart waarom de rechtspleging inzake uithuiszetting niet werd opgenomen in het executierecht, maar wel werd toegevoegd aan de bijzondere rechtspleging inzake huur van goederen.

3. De centrale rol van het O.C.M.W. in de preventie en het beheer van uithuiszettingen komt in hoofdzaak aan bod bij de rechtsingang in huurgeschillen (art. 1344ter Ger.W.). De uithuiszetting zelf wordt geregeld in de nieuwe art. 1344quater en 1344quinquies Ger.W. en in de gewijzigde bepalingen van de wet van 30 december 1975 betreffende de goederen buiten particuliere eigendommen gevonden op of de openbare weg geplaatst ter uitvoering van vonnissen tot uitzetting. Met het oog op het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel ² voorziet de wetgever eveneens in een curatieve tussenkomst van het O.C.M.W. bij de betekening van elk ander vonnis tot uithuiszetting dan bedoeld in huurgeschillen.

I. RECHTSINGANG IN HUURGESCHILLEN

4. De wetgever wenst een tussenkomst van het O.C.M.W. bij elke vordering tot uithuiszetting van een huurder. Deze tussenkomst beoogt enkel de bijstand van een natuurlijke persoon die een huurovereenkomst met betrekking tot zijn hoofdverblijfplaats of een handelshuurovereenkomst heeft

gesloten. Het moet daarenboven gaan om een vordering tot uithuiszetting uit een goed dat blijkt de inleidende akte ³ de huurder tot woonplaats of, bij gebreke van een woonplaats, tot verblijfplaats dient. Het betreft de gerechtelijke woon- en verblijfplaats (art. 36 Ger.W.). Tweede verblijven en vakantieverblijven zijn uitgesloten. ⁴

5. Het O.C.M.W. moet zo vroeg mogelijk worden ingelicht, zodat het de nodige maatregelen kan treffen. Het O.C.M.W. moet, op de meest aangewezen wijze, binnen zijn wettelijke opdracht, hulp kunnen bieden (zie art. 1344ter, § 5, Ger.W.). Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat met de vertegenwoordigers van het O.C.M.W. werd afgesproken om de praktijk te hanteren die zij nu reeds toepassen bij de mededeling van onbetaalde rekeningen van gas en elektriciteit. ⁵ Het is niet de bedoeling dat het O.C.M.W. telkenmale een omstandig sociaal onderzoek instelt. Het is voldoende dat het onmiddellijk nagaat of de vordering betrekking heeft op de personen die reeds als hulpbehoevend gekend zijn. Wanneer dit het geval is, moet het O.C.M.W. dringend met de betrokkene contact opnemen. In het andere geval moet de betrokken persoon enkel in kennis worden gesteld van de dienstverlening die door het O.C.M.W. wordt aangeboden (sociale dienst, budgetbegeleiding, huisvestingsdienst,...). ⁶

6. De huurder kan zich verzetten tegen de mededeling van de vordering tot uithuiszetting aan het O.C.M.W. Hij moet zijn verzet kenbaar maken binnen een termijn van twee dagen na de kennisgeving bij gerechtsbrief ⁷ of de betekening van de akte van rechtsingang. Omdat de termijn niet op straffe van verval is bepaald, is art. 51 Ger.W. van toepassing. Het verzoekschrift of het exploit van dagvaarding vermeldt deze mogelijkheid van verzet. Art. 1344ter, § 4, Ger.W. onder-

¹ E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, 9-11, nrs. 13-15.

² *Parl.St.*, *Senaat*, 1997-98, 926/4, 38.

³ Zie art. 43 en 1344bis Ger.W.; *Parl.St.*, *Kamer*, 1996-97, nr. 1157/1, 4.

⁴ *Parl.St.*, *Kamer*, 1996-97, nr. 1157/1, 4.

⁵ *Parl.St.*, *Kamer*, 1998-99, nr. 1157/16, 3.

⁶ *Parl.St.*, *Kamer*, 1998-99, nr. 1157/16, 2.

⁷ De kennisgeving geschiedt op de datum van toezending ervan en niet op de datum van aanbieding of ontvangst (Cass., 9 december 1996, *R.W.*, 1997-98, 682, met noot LAENENS, J., «De kennisgeving van een beslissing als vertrekpunt van een vervaltermijn»).

werpt dit verzet aan geen enkele formaliteit. Het is voldoende dat de huurder bij een oproeping bij gerechtsbrief zijn verzet bij de griffie mondeling of schriftelijk kenbaar maakt. Bij een betekening meldt hij zijn verzet bij de optredende gerechtsdeurwaarder. Wanneer de huurder echter vrijwillig verschijnt, moet hij zijn verzet in het proces-verbaal van vrijwillige verschijning melden.

7. Behoudens verzet van de huurder zoals hierboven uiteengezet, zendt de griffier van het geadieerde vrederecht, na een termijn van vier dagen na de inschrijving op de algemene rol van de vordering tot uithuiszetting, een afschrift van het verzoekschrift of van het proces-verbaal van vrijwillige verschijning⁸ naar het O.C.M.W. van de woonplaats of, bij gebreke van een woonplaats, van de verblijfplaats van de huurder (art. 1344ter, § 2, Ger.W.). De verzending kan geschieden «via enige vorm van telecommunicatie», weliswaar te bevestigen bij gewone brief.⁹

8. Wanneer de vordering aanhangig wordt gemaakt bij exploit van dagvaarding – wat ingevolge art. 1344bis Ger.W. eerder uitzonderlijk is –, licht de gerechtsdeurwaarder het O.C.M.W. van de woonplaats of, bij gebreke van een woonplaats, van de verblijfplaats van de huurder in (art. 1344ter, § 3, Ger.W.). Hij zendt, na een termijn van vier dagen na de betekening van het exploit, «via enige vorm van telecommunicatie, te bevestigen bij gewone brief», een afschrift van het exploit van dagvaarding aan het bevoegde O.C.M.W.

9. Voormelde mededeling van de vordering tot uithuiszetting zal ongetwijfeld zowel de griffiers als de gerechtsdeurwaarders veel papierwerk bezorgen. Men mag hierbij immers niet uit het oog verliezen dat in nagenoeg alle huurgeschillen een vordering tot uithuiszetting gevorderd wordt. Deze vordering is echter vaak slechts een stijlformule.¹⁰ Dit betekent dat de mededeling van deze vordering aan het O.C.M.W. dikwijls voorbarig, ja zelfs volkomen nodeloos zal zijn. Daarbij komt nog dat te verwachten valt dat de huurder zelden tijdig zijn verzet kenbaar zal kunnen maken. De wetgever is klaarblijkelijk uit het oog verloren dat zowel een exploit als een gerechtsbrief slechts uitzonderlijk ter hand kunnen gesteld worden aan de geadresseerde in persoon of aan diens woonplaats.

10. De wetgever kent blijkbaar slechts drie vormen waarin een vordering tot uithuiszetting kan worden ingesteld: het verzoekschrift, het exploit van dagvaarding en het proces-verbaal van vrijwillige verschijning. Volkomen ten onrechte werd in de Senaatscommissie voor de Justitie het amendement dat ertoe strekte de conclusie aan voormelde lijst toe te voegen, verworpen.¹¹ Een vordering tot uithuiszetting kan nochtans als tussenvordering bij conclusie worden ingesteld, hetzij als uitbreiding of wijziging van de hoofdeis, hetzij als tegeneis (art. 809 Ger.W.). Vooral bij de toepasbaarheid van deze procedure werden vraagtekens geplaatst. Thans staat de deur echter open voor misbruiken. De verhuurder kan de in art. 1344ter Ger.W. vervatte regel ontduiken door de uit-

huuszetting niet in de inleidende akte te vorderen, maar wel achteraf bij wege van conclusie.¹² Volledigheidshalve had de wetgever best ook het verzoek tot minnelijke schikking (art. 731 Ger.W.) vermeld.

II. DE UITHUISZETTING IN EEN HURGESCHIL

11. Bij de betekening van een vonnis tot uithuiszetting, als bedoeld in art. 1344ter Ger.W., heeft de gerechtsdeurwaarder een belangrijke informatieplicht (art. 1344quinquies Ger.W.). Deze nieuwe verplichting geldt blijkbaar niet voor een uithuiszetting op grond van een authentieke akte. Een handelshuurovereenkomst kan nochtans bij een dergelijke akte worden beëindigd (art. 3 Handelshuurwet). Zo'n akte kan zelfs zonder voorafgaande betekening worden uitgevoerd (zie art. 1495 Ger.W.).

12. De gerechtsdeurwaarder moet aan de geadresseerde mededelen wat precies zal gebeuren met de goederen die zich nog in de woning zouden bevinden na verloop van de wettelijke of van de door de rechter bepaalde termijn: zij zullen op zijn kosten op de openbare weg worden gezet. Wanneer zij de openbare weg belemmeren en de eigenaar van de goederen of zijn rechtverkrijgenden die daar achterlaat, zullen zij door het gemeentebestuur eveneens op zijn kosten worden weggehaald en gedurende een termijn van zes maanden bewaard worden, tenzij het gaat om goederen die aan een snel bederf onderhevig zijn of schadelijk zijn voor de openbare hygiëne, gezondheid of veiligheid. De gerechtsdeurwaarder bevestigt deze mededeling in het exploit van betekening. Deze informatie moet het de betrokkene mogelijk maken om al dan niet in overleg met het O.C.M.W. tijdig maatregelen te nemen om de weghaling en bewaring van de goederen door het gemeentebestuur te vermijden.¹³

13. De uithuiszetting bedoeld in art. 1344ter, § 1, Ger.W. kan in ieder geval niet ten uitvoer worden gelegd dan na een termijn van één maand na de betekening van het vonnis (art. 1344quater, Ger.W.), zelfs indien het uitvoerbaar bij voorraad is. De vraag rijst of deze regel niet beter in art. 1495 Ger.W. was opgenomen.

14. Op voormelde regel zijn er talrijke uitzonderingen: 1) wanneer de verhuurder het bewijs levert dat het goed verlaten is;¹⁴ 2) wanneer de partijen een andere termijn overeenkwamen en dit akkoord werd opgenomen in het vonnis; 3) wanneer de rechter deze termijn verlengt of inkort op verzoek van de huurder of de verhuurder die het bewijs levert van uitzonderlijke ernstige omstandigheden, onder meer de mogelijkheden van de huurder om opnieuw gehuisvest te worden in zodanige omstandigheden dat geen afbreuk wordt gedaan aan de eenheid, de financiële middelen en de behoeften van het gezin en dit in het bijzonder gedurende de winterperiode. De rechter beoordeelt deze omstandigheden op onaantastbare wijze. De rechter stelt dan de termijn vast gedurende welke de uithuiszetting niet kan worden uitgevoerd, rekening houdende met de belangen van de twee partijen en onder de voorwaarden die hij bepaalt.¹⁵ De wet-

⁸ Dit proces-verbaal wordt ten onrechte niet vermeld in art. 1344ter, § 2, Ger.W.

⁹ Zie wetsvoorstel G. BOURGEOIS tot introductie van nieuwe telecommunicatiemiddelen in de gerechtelijke en de buitengerechtelijke procedure, *Parl.St., Kamer*, 1997-98, nr. 1501/1.

¹⁰ *Parl.St., Senaat*, 1997-98, nr. 926/4, 10.

¹¹ *Parl.St., Senaat*, 1997-98, nr. 926/4, 11.

¹² *Parl.St., Senaat*, 1997/98, nr. 926/4, 12.

¹³ *Parl.St., Kamer*, 1996-97, nr. 1157/1, 6.

¹⁴ De verhuurder kan een gerechtsdeurwaarder gelasten een vaststelling te doen.

¹⁵ Vgl. art. 11 Woninghuurwet.

gever verstrekt de vrederechter *expressis verbis* de richtlijn rekening te houden met overwegingen van humanitaire aard. De rechter doet uitspraak over de verlenging of inkorting van de termijn in het vonnis tot uithuiszetting. De huurder of de verhuurder hoeven hem hierover nadien niet meer te adieren. ¹⁶ Op te merken valt dat tijdens de parlementaire voorbereiding beklemtoond werd dat een verlenging geen afbreuk mag doen aan de verplichting van de huurder om de huur verder te betalen. ¹⁷

15. De wetgever belast de gerechtsdeurwaarder bij een uithuiszetting met een bijkomende informatieplicht (art. 1344*quater*, tweede lid, Ger.W.). Hij moet de huurder of de bewoners van het goed in ieder geval ten minste vijf werkdagen van tevoren op de hoogte brengen van de werkelijke datum van de uithuiszetting. Het betreft ongetwijfeld een minimumtermijn. ¹⁸ Deze bijkomende informatieverplichting wordt opgelegd om de huurder of de bewoners van het pand de mogelijkheid te geven de nodige maatregelen te nemen om het pand tijdig te verlaten en, zonodig, een oplossing te vinden voor de opslag van de goederen.

16. De gerechtsdeurwaarder moet dan wel ervoor zorgen dat hij ter uitvoering van het veroordelend vonnis inzake achterstallige huurgelden bewarend beslag legt op de beslagbare goederen van de huurder, tenzij reeds eerder pandbeslag werd gelegd. Indien het vonnis van de vrederechter uitvoerbaar bij voorraad werd verklaard, kan hij daarentegen onmiddellijk uitvoerend beslag leggen. Hij moet erover waken dat de in beslag genomen goederen worden weggehaald met het oog op de openbare verkoping voor of minstens tegelijk met de uithuisdrijving.

17. Wanneer een gerechtsdeurwaarder tot een uithuiszetting overgaat en het gemeentebestuur de op de openbare weg geplaatste goederen moet wegnemen, kan de eigenaar van de weggenomen goederen nu op zijn verzoek kosteloos van het gemeentebestuur een uittreksel verkrijgen uit het gemeenteregister met de vermelding van zijn weggenomen goederen. De wet van 30 december 1975 betreffende de goederen, buiten particuliere eigendommen gevonden of op de openbare weg geplaatst ter uitvoering van vonnissen tot uithuiszetting, werd in die zin aangevuld.

18. De wetgever heeft ook een einde gemaakt aan de onduidelijkheid omtrent de aansprakelijkheid van de gemeente. Zij is aansprakelijk voor de bewaring van de goederen die zij heeft ontvangen of weggehaald overeenkomstig de bepalingen van de bewaargeving uit noodzaak (art. 2, vijfde lid, wet van 30 december 1975). ¹⁹ De teruggave van de goederen is een resultaatsverbintenis (art. 1932 B.W.), terwijl de bewakingsplicht slechts een inspanningsverbintenis betreft, waarbij de concrete omstandigheden worden in acht genomen. De gemeente is niet aansprakelijk voor gevallen van overmacht. ²⁰

19. De gemeentebesturen mogen de kosten die zij hebben gemaakt voor het weghalen en bewaren van goederen aanrekenen aan de eigenaar of zijn rechtverkrijgenden (art.

5 van de wet van 30 december 1975). Zij kunnen de teruggave van de goederen of de teruggave van de opbrengst van de verkoop daarvan zelfs afhankelijk maken van de voorafgaande betaling van de kosten. De wetgever heeft thans voormeld retentierecht van de gemeentebesturen beperkt. De goederen die overeenkomstig art. 1408, § 1, Ger.W. niet in beslag kunnen worden genomen, moeten in ieder geval worden teruggegeven.

III. DE UITHUISZETTING IN ANDERE DAN HUIRGESCHILLEN

20. De wetgever was van oordeel dat het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel gebiedt dat de bescherming bij een uithuiszetting niet mag beperkt blijven tot huuraangelegenheden, maar moet worden uitgebreid tot vergelijkbare situaties, bijvoorbeeld bij de uitwinning van een woning waarvan de eigenaar de hypothecaire lening niet meer kan afbetalen. ²¹ Opmerkelijk genoeg blijft de bescherming beperkt tot een mededeling van een afschrift van het vonnis tot uithuiszetting aan het O.C.M.W. van de plaats waar het goed gelegen is (art. 1344*sexies*, § 1, Ger.W.). Het O.C.M.W. biedt weerom aan om op de meest aangewezen wijze, binnen zijn wettelijke opdracht, hulp te bieden (art. 1344*sexies*, § 3 Ger.W.). De gerechtsdeurwaarder zorgt voor de mededeling bij gewone brief ²² na een termijn van vier dagen na de betekening van het vonnis, behoudens verzet van de persoon wiens uithuiszetting is bevolen. Deze kan immers binnen een termijn van twee dagen vanaf de betekening van het vonnis bij de gerechtsdeurwaarder zijn verzet tegen de mededeling van het vonnis aan het O.C.M.W. kenbaar maken. Het exploit van betekening van het vonnis tot uithuiszetting moet de tekst van art. 1344*sexies*, § 2, Ger.W. uitdrukkelijk vermelden.

21. Hierbij passen toch een aantal bedenkingen. De wetgever creëert manifest een ongelijkheid. In huuraangelegenheden wordt immers het O.C.M.W. niet expliciet in kennis gesteld van het vonnis van uithuiszetting. Voorts valt op dat in andere dan huuraangelegenheden geen termijn voor de uithuiszetting wordt opgelegd. Ten slotte is de wetgever uit het oog verloren dat een uithuiszetting ook kan geschieden ter uitvoering van een authentieke akte. Een dergelijke akte kan ten uitvoer worden gelegd, zelfs zonder voorafgaande betekening (art. 1386 en 1495 Ger.W.). Een treffend voorbeeld is juist de bedongen hypotheek, waarvan sprake is in de parlementaire voorbereiding.

IV. OVERGANGSRECHT

22. De art. 2 tot 6 van de wet van 30 november 1998 zijn van toepassing op elke vordering tot uithuiszetting, bedoeld in art. 1344*ter*, § 1, Ger.W., ingeleid na de inwerkingtreding ervan (art. 9). Wordt het huurgeschil ingeleid bij verzoekschrift, dan geldt de datum van neerlegging ervan ter griffie van het vredegerecht (art. 1344*bis*, eerste lid, Ger.W.). Wanneer de rechtsingang bij dagvaardingsexploot plaatsheeft, is de zaak bij de rechter aanhangig gemaakt op de datum van

¹⁶ *Parl.St., Senaat*, 1997-98, nr. 926/4, 25.

¹⁷ *Parl.St., Senaat*, 1997-98, nr. 926/4, 33.

¹⁸ *Parl.St., Senaat*, 1997-98, nr. 926/4, 26.

¹⁹ Zie de art. 1949-1951 B.W.; L. LAMINE, *Commentaar Bijzondere overeenkomsten*, art. 1949 B.W.

²⁰ *Parl.St., Kamer*, 1996-97, nr. 1157/1, 6-7.

²¹ *Parl.St., Senaat*, 1997-98, nr. 926/4, 35.

²² Waarom niet «via enige vorm van telecommunicatie, te bevestigen bij gewone brief»? Vgl. art. 1344*ter*, § 2 en § 3, Ger.W.

de betekening ervan, voor zover de zaak op de algemene rol is ingeschreven vóór de terechtzitting in de dagvaarding aangewezen.²³ Voor de vrijwillige verschijning geldt dan weer de datum van ondertekening van het proces-verbaal van vrijwillige verschijning (art. 706, derde lid, Ger.W.). Blijkt bij toepassing van voormelde regels dat het huurgeschil werd ingeleid na de inwerkingtreding van de wet van 30 novem-

ber 1998, dan gelden de nieuwe bepalingen. Voor art. 1344*sexies* Ger.W. (art. 6 van de wet van 30 november 1998) rijst er wel een probleem, omdat deze bepaling geen betrekking heeft op een uithuiszetting bedoeld in art. 1344*ter* Ger.W.

Jean LAENENS
Hoogleraar Universiteit Antwerpen
Advocaat²⁴

²³ Cass., 20 december 1991, *R.W.*, 1991-92, 1332; Cass., 4 maart 1994, *R.W.*, 1994-94, 93.

²⁴ Met dank aan Michel HENQUIN, navorsers Universiteit Antwerpen, voor zijn logistieke hulp.

RECHTSpraak

HOF VAN CASSATIE

VERENIGDE KAMERS – 28 NOVEMBER 1997

Voorzitter: de h. D'Haenens
Rapporteur: de h. Parmentier
Openbaar ministerie: de h. Piret
Advocaat: mr. Gérard

Raad van State – Herstelvergoeding voor buitengewone schade – Bevoegdheid – Vaststelling dat verzoekende partijen voor de rechtscollages van de rechterlijke orde geen vergoeding van hun schade konden verkrijgen op grond van art. 1382 B.W.

Als de Raad van State vaststelt dat de verzoekende partij in de eis tot toekenning van een herstelvergoeding voor buitengewone schade, voor de rechtscollages van de rechterlijke orde geen vergoeding van die schade konden verkrijgen op grond van art. 1382 B.W., is naar recht verantwoord de beslissing van de Raad van State dat die eis tot zijn bevoegdheid behoort en niet tot die van een ander rechtscollage.

Belgische Staat t/ S. en Y.

Gelet op het bestreden arrest, op 21 juni 1996 gewezen door de Raad van State, afdeling administratie;

Over het middel: schending van de artt. 144 van de Grondwet, 11 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973, 1382 en 1383 B.W.;

doordat het arrest de door de Belgische Staat opgeworpen exceptie van onbevoegdheid afwijst en derhalve beslist dat de Raad van State bevoegd is om kennis te nemen van het door de verweerders ingestelde beroep tot herstelvergoeding voor buitengewone schade, op grond dat «(eiser) de bevoegdheid van de Raad van State betwist op grond dat de vordering niet gegrond is op de billijkheid, maar op een vermeende fout die een administratieve overheid zou hebben gepleegd»; dat hij betoogt dat de vordering in werkelijkheid beoogt dat wordt vastgesteld dat, in tegenstelling tot wat het

Hof van Beroep te Bergen in laatste aanleg heeft beslist, «de Staat in onderhavig geval een fout heeft begaan waarvoor hij aansprakelijk kan worden gesteld op grond van art. 1382 B.W.; (...) dat de (verweerders) tevergeefs hebben gepoogd voor de hoven en rechtbanken van de rechterlijke orde aan te tonen, zoals blijkt uit het arrest van verwerping van het Hof van Beroep te Bergen van 7 september 1993, dat in kracht van gewijsde is gegaan, dat bij de inenting een fout is begaan; dat (zij) aldus hebben aangetoond dat (zij) de vergoeding van hun schade niet konden verkrijgen op grond van art. 1382 B.W.; dat de exceptie niet kan worden aangenomen»;

terwijl, eerste onderdeel, art. 144 van de Grondwet bepaalt dat «geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken behoren»; de afdeling administratie van de Raad van State, wanneer zij kennis neemt van een geschil over vergoedingen, krachtens art. 11 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, dient vast te stellen dat zij zich enkel bevoegd kan verklaren, «als geen ander rechtscollage bevoegd is»; uit die bepalingen volgt dat de Raad van State terzake een residuaire bevoegdheid bezit en dat de Raad, om van een verzoek tot vergoeding te kunnen kennismaken, vooraf moet vaststellen dat in het hem voorgelegde geval «geen ander rechtscollage bevoegd is»; het arrest, door erop te wijzen dat «de (verweerders) tevergeefs hebben gepoogd voor de hoven en rechtbanken van de rechterlijke orde aan te tonen dat bij de inenting een fout is begaan (...) en aldus hebben aangetoond dat zij de vergoeding van hun schade niet konden verkrijgen op grond van art. 1382 B.W.», niet heeft vastgesteld, zoals het wettelijk daartoe verplicht was, dat de hoven en rechtbanken van de rechterlijke orde niet bevoegd waren om uitspraak te doen over de door de verweerders ingestelde rechtsvordering tot herstelvergoeding, maar alleen dat die rechtsvordering was afgewezen, omdat ze geen fout konden bewijzen aan de zijde van de personen tegen wie zij hun rechtsvordering hadden ingesteld; daaruit volgt dat het arrest, door het uit art. 11 van de gecoördineerde wetten voortvloeiend residuaire karakter van de bevoegdheid van de Raad

van State om uitspraak te doen over geschillen inzake vergoeding te miskennen, niet wettig beslist dat «geen ander rechtscollege dan de Raad van State bevoegd is» om uitspraak te doen over de door de verweerders ingestelde vordering tot vergoeding (schending van alle in het middel aangegeven wetsbepalingen);

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het bestreden arrest vaststelt dat uit het op 7 september 1993 gewezen arrest van het Hof van Beroep te Bergen blijkt dat de verweerders hebben aangetoond dat zij geen vergoeding van hun schade konden verkrijgen op grond van art. 1382 B.W.

Dat de Raad van State, die verklaart naar billijkheid uitspraak te doen, met inachtneming van alle omstandigheden van openbaar en particulier belang, beslist dat de schade waarvoor de verweerders vergoeding vorderen, te wijten is aan de verplichte inenting van hun zoon en dat die schade ernstig en uitzonderlijk is;

Dat daaruit volgt dat de vordering zoals de Raad van State die heeft beoordeeld en waarover hij heeft beslist, behoort tot de bevoegdheid bepaald in art. 11 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en niet tot die van een ander rechtscollege;

Dat de verwerping van de door de eiser opgeworpen exceptie van onbevoegdheid aldus naar recht is verantwoord;

...

NOOT – *Het residuaire karakter van de bevoegdheid van de Raad van State om uitspraak te doen over de eisen tot herstelvergoeding voor buitengewone schade*

1. Bovenstaand arrest is een van de zeldzame arresten waarin het Hof van Cassatie, met toepassing van art. 158 G.W., uitspraak doet over een *attributieconflict* in de zin als bedoeld in art. 33, eerste lid, R.v.St.-wet, d.w.z. een bevoegdheidsgeschil tussen enerzijds de Raad van State en anderzijds de gewone hoven en rechtbanken. Het Hof van Cassatie heeft van de grondwetgever de opdracht gekregen erover te waken dat de administratieve rechtscolleges, die alleen een door de wetgever toegewezen bevoegdheid hebben (art. 145 Ger.W.), zich niet begeven op het bevoegdheidsdomein van de gewone hoven en rechtbanken, die de rechtscolleges van het gemene recht zijn (zie artt. 144 en 145 G.W.) (A. Alen, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1995, p. 716, nr. 723).

Luidens art. 33, eerste lid, R.v.St.-wet, dat uitvoering geeft aan art. 158 G.W., kunnen bij het Hof van Cassatie aanhangig worden gemaakt, de arresten van de Raad van State waarin de Raad beslist dat hij van de eis geen kennis kan nemen, omdat die kennisneming binnen de bevoegdheid van de rechterlijke overheden valt, alsmede, zoals in het geannoteerde arrest, de arresten van de Raad van State waarin afwijzend wordt beschikt op een declinatoire exceptie gebaseerd op de grond dat de eis tot de bevoegdheid van de rechterlijke overheden behoort. Over attributieconflicten doet het Hof van Cassatie uitspraak in verenigde kamers (art. 33, tweede lid, R.v.St.-wet).

2. Zoals al vermeld, dient het Hof van Cassatie slechts uitzonderlijk uitspraak te doen over een attributieconflict als bedoeld in art. 33, eerste lid, R.v.St.-wet. Op 1 januari 1995 had het Hof hieromtrent slechts veertig arresten geveld (A.

Mast, J. Dujardin, M. Van Damme en J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer, 1996, p. 860, voetnoot 14).

Nog zeldzamer zijn de cassatiearresten die, zoals het geannoteerde, een attributieconflict beslechten tussen enerzijds de bevoegdheid van de Raad van State om uitspraak te doen over een eis tot toekenning van een herstelvergoeding voor buitengewone schade en anderzijds de bevoegdheid van de gewone hoven en rechtbanken om op grond van art. 1382-1382 B.W. schadeloosstelling toe te kennen voor een foutief schadeveroorzakend overheidsoptreden of -nalaten. Voor zover kon worden nagegaan, zijn er vóór het hier geannoteerde arrest slechts twee cassatiearresten geweest die zich over zo'n conflict van attributie hebben uitgesproken (Cass., 4 juni 1959, *Arr. Verbr.*, 1959, 803, met conclusie van procureur-generaal R. Hayoit de Termicourt; *Pas.*, 1959, I, 1007; *T.B.P.*, 1959, 217, met conclusie; *R.C.J.B.*, 1959, 337, met noot M.-A. Flamme; Cass., 17 november 1994, *Arr. Cass.*, 1994, 974; *Pas.*, 1994, I, 956). Dit geringe aantal attributieconflicten houdt allicht verband met de wijze waarop de Raad van State het residuaire karakter van zijn bevoegdheid opvat om uitspraak te doen over eisen tot toekenning van een herstelvergoeding voor buitengewone schade (B. Peeters, «Conflicten van attributie», *R.W.*, 1986-87, (1185), 1195, nr. 15). Dit wordt hierna uiteengezet.

3. Krachtens art. 11 R.v.St.-wet doet de afdeling administratie van de Raad van State *als geen ander rechtscollege bevoegd is*, uitspraak over eisen tot herstelvergoeding voor buitengewone schade veroorzaakt door een administratieve overheid (cursivering A.V.O.). Uit het gebruik van de bewoordingen «Als geen ander rechtscollege bevoegd is» wordt afgeleid dat de bevoegdheid van de Raad van State terzake een *residuaire karakter* heeft (hierover bestaat eensgezindheid in rechtspraak en rechtsleer: zie de verwijzingen bij A. Van Oevelen, *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*, Preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, Zwolle, Tjeenk Willink, en Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, p. 61-62, voetnoot 223; *adde*: R.v.St., Vercreyssen, nr. 24.249 van 10 april 1984, *Arr. R.v.St.*, 1984, 724; R.v.St., Devogelare, nr. 28.577 van 13 oktober 1987; R.v.St., Paasch en Jetzen, nr. 41.396 van 16 december 1992, *J.T.*, 1993, 333, met noot J. Sohier).

Inzake de vorderingen tot toekenning van vergoeding voor schadeverwekkend overheidsoptreden heeft de wetgever in art. 11 R.v.St.-wet de bevoegdheidsafbakening tussen de Raad van State en de gewone hoven en rechtbanken bewust vaag gehouden, omdat hij niet wilde raken aan de rechtsmacht van laatstgenoemden om overheidsbesturen op grond van art. 1382 e.v. B.W. tot schadevergoeding te veroordelen (A. Van Oevelen, *o.c.*, p. 59, nr. 41, en p. 62, nr. 42 en telkens de verwijzingen). Die bevoegdheidsafbakening is bijgevolg evolutief en onzeker, want afhankelijk van de ontwikkeling van de rechtspraak van de gewone hoven en rechtbanken, inzonderheid inzake de foutloze overheidsaansprakelijkheid (M. Somerhausen en F.-M. Remion (eds.), *Le Conseil d'Etat*, in *Les Nouvelles, Droit administratif*, VI, Brussel, Larquier, 1975, p. 175, nr. 633; P. Lewalle, «La réparation du dommage exceptionnel par le Conseil d'Etat belge: mythe ou réalité?», *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1980, (183), 193-194; P. Charlier, «La responsabilité des pouvoirs publics devant le Conseil d'Etat ou le contentieux de l'indemnité», *J.T.*, 1980, (381), 384; A. Van

Oevelen, *o.c.*, p. 62, nr. 42; J. Sohier, «La responsabilité de l'Etat du fait des vaccinations obligatoires: de la responsabilité pour faute dans l'exercice de la fonction réglementaire au contenu de l'indemnité pour rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques» (noot onder R.v.St., Paasch en Jetzen, nr. 41.396 van 16 december 1992, *J.T.*, 1993, (334), 336). Naarmate de rechtsmacht van de gewone hoven en rechtbanken op dit domein uitbreidt, zal de bevoegdheid van de Raad van State om herstelvergoeding toe te kennen verminderen, en wel in dezelfde verhouding (P. Lewalle, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1980, 193; P. Charlier, *o.c.*, *J.T.*, 1980, 384; M. Van Damme, «De aansprakelijkheid van wetten decreetgever in het licht van art. 11 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State», *T.B.P.*, 1982, 296; A. Van Oevelen, *o.c.*, p. 62, nr. 42; J. Sohier, *o.c.*, *J.T.*, 1993, 335).

4. In de doctrine bestaat verschil van mening over de betekenis van het woord «bevoegd» in art. 11 R.v.St.-wet. Dient dit begrip te worden verstaan in de procesrechtelijke betekenis van «rechtsmacht hebben», d.w.z. behorende tot de geschillen waarover de rechterlijke macht zich kan uitspreken? Of mag de Raad van State bij het bepalen van zijn eigen bevoegdheid een stapje verder gaan en ook onderzoeken of de gewone hoven en rechtbanken de eis tot herstelvergoeding gegrond zouden verklaren?

Prima facie dient de voorkeur uit te gaan naar de opvatting die het «bevoegd zijn» van andere rechtscolleges interpreteert als het «rechtsmacht hebben» van die rechtscolleges, omdat aldus de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling (art. 144-145 G.W.) wordt gerespecteerd en het uiteindelijk de gewone hoven en rechtbanken zijn die, door de tussenkomst van het Hof van Cassatie, beslissen of ze uitspraak mogen doen over een aanhangig gemaakte schadevergoedingseis (D. Chabot-Léonard, «Le contentieux de l'indemnité devant le Conseil d'Etat», *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1971, (189), 211-212; zie ook A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme en J. Vande Lanotte, *o.c.*, p. 849, nr. 877). Als volgens die zienswijze de Raad van State bevoegd is om kennis te nemen van een eis tot betaling van herstelvergoeding van zodra de burgerlijke rechter rechtsmacht heeft om daarvan kennis te nemen, zelfs als het evident is dat die burgerlijke rechter die eis ten gronde zal afwijzen, leidt dit ertoe dat de Raad van State zijn suppletieve rol als schadevergoedingsrechter niet meer kan vervullen en dat het slachtoffer tussen twee stoelen komt te zitten. Immers, als de burgerlijke rechter zich bevoegd verklaart om kennis te nemen van een vordering tot betaling van schadevergoeding, maar deze ten gronde afwijst omdat geen fout is bewezen, zal in die visie de eis van de benadeelde tot toekenning van een herstelvergoeding voor buitengewone schade voor de Raad van State wegens onbevoegdheid van de Raad worden afgewezen, aangezien de schending van een recht of een belang wordt aangevoerd waarvoor bij de burgerlijke rechter een vordering kan worden ingesteld (P. Lewalle, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1980, 195).

Die vaststelling is voor een aantal auteurs het belangrijkste argument geweest voor de stelling dat de Raad van State bevoegd is om uitspraak te doen over een eis tot toekenning van een herstelvergoeding voor buitengewone schade, indien hij van oordeel is dat de verzoekende partij ten gronde geen genoegdoening kan of heeft kunnen verkrijgen krachtens een van de aansprakelijkheidsregelingen die behoren tot de bevoegdheid van andere rechtscolleges. Volgens die zienswijze is de Raad van State m.a.w. bevoegd om kennis

te nemen van een eis tot toekenning van een herstelvergoeding voor buitengewone schade, telkens als de benadeelde zich hiervoor niet *nuttig* kan wenden tot de rechtscolleges van de rechterlijke orde (J. Dabin, «Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public», *Ann. Dr. Sc. Pol.*, 1948-49, (7), 54; M.-A. Flamme, «Du partage des compétences entre le Conseil d'Etat et les tribunaux civils en matière d'atteintes aux aisanances compétences entre le Conseil d'Etat et les tribunaux civils en matière d'atteintes aux aisanances de voirie et de dommages provenant de travaux publics» (noot onder Cass., 4 juni 1959), *R.C.J.B.*, 1959, (340), p. 353-354, nr. 15; C. Cambier, *Droit administratif*, Brussel, Larcier, 1968, 518-519; C. Huberlant, «Essai de délimitation de la compétence du Conseil d'Etat d'avec celle des cours et tribunaux ou contentieux de l'indemnité», in *Miscellanea W.J. Ganshof Van Der Meersch*, III, Brussel, Bruylant, 1972 (509), 515-517; J. Salmon, «La compétence du Conseil d'Etat au contentieux de l'indemnité pour le dommage causé par la loi» (noot onder R.v.St., Collard, nr. 18.355 van 29 juni 1977), *Adm. Publ. T.*, 1977-78, (155), p. 162-163, nr. 12; P. Lewalle, *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1980, 195). Het paradoxale gevolg van die opvatting is dat de Raad van State, om zijn eigen bevoegdheid inzake de toekenning van een herstelvergoeding voor buitengewone schade te kunnen beoordelen, zich vooraf moet uitspreken over de vermoedelijke gegrondheid van die schadevergoedingseis als ze voor een rechterlijke orde wordt gebracht (C. Cambier, *o.c.*, 519; C. Huberlant, *o.c.*, *Miscellanea W.J. Ganshof Van der Meersch*, III, 517; A. Van Oevelen, *o.c.*, p. 65, nr. 44; J. Sohier, *o.c.*, *J.T.*, 1993, p. 336, nr. 4).

Bij een onderlinge afweging van deze twee opvattingen dient aan de tweede de voorkeur te worden gegeven, omdat in de eerste zienswijze de Raad van State zijn suppletieve rol als schadevergoedingsrechter niet kan vervullen in de gevallen waarin een rechtscollege van de rechterlijke orde wel rechtsmacht heeft om uitspraak te doen over een schadevergoedingsvordering, maar deze vordering ten gronde heeft afgewezen of vermoedelijk zal afwijzen. Dit is moeilijk in overeenstemming te brengen met de bedoeling van de wetgever. Het aan de tweede opvatting klevende bezwaar dat de Raad van State, om zijn eigen bevoegdheid inzake de toekenning van een herstelvergoeding voor buitengewone schade te kunnen beoordelen, zich vooraf moet uitspreken over de vermoedelijke gegrondheid van die schadevergoedingseis voor de rechtscolleges van de rechterlijke orde, weegt minder zwaar door, omdat dit nagenoeg de noodzakelijke consequentie is van de door de wetgever gekozen optie om de bevoegdheid van de Raad van State terzake te laten afhangen van de evolutie in de rechtspraak van de gewone hoven en rechtbanken (zie *supra*, nr. 3).

5. Tot voor kort kon uit de rechtspraak van de Raad van State niet duidelijk worden afgeleid welke zienswijze de voorkeur van de Raad wegdroeg bij de oplossing van het in het vorige randnummer behandelde interpretatieprobleem (zie de analyse van de rechtspraak bij A. Van Oevelen, *o.c.*, p. 66-67, nr. 45; J. Sohier, *o.c.*, *J.T.*, 1993, p. 336, nr. 4).

Daarin is verandering gekomen sinds het arrest Paasch en Jetzen, nr. 41.396 van 16 december 1992, waarin de Raad oordeelde dat hij bevoegd is om uitspraak te doen over eisen tot toekenning van herstelvergoeding voor buitengewone schade in alle gevallen waarin elk ander rechtscollege de

eis dient te verwerpen, ofwel omdat de eis niet tot haar bevoegdheid behoort ofwel omdat hij niet gegrond is. Aangezien de Raad van State de in art. 11 R.v.St.-wet gebruikte bewoordingen «als geen ander rechtscollege bevoegd is» interpreteert in de zin van «als elk ander rechtscollege de eis tot toekenning van een herstelvergoeding voor buitengewone schade dient te verwerpen», hetzij omdat dat rechtscollege onbevoegd is, hetzij omdat de eis ongegrond is, lijdt het geen twijfel dat de Raad van State geopteerd heeft voor de tweede hierboven vermelde opvatting, namelijk dat hij maar bevoegd is telkens als de benadeelde zich met zijn eis niet nuttig tot een ander rechtscollege kan wenden. Deze rechtspraak verdient goedkeuring, omdat ze de bevoegdheid van de Raad van State terzake wat meer inhoud kan geven en efficiënter kan maken (J. Sohier, *o.c.*, *J.T.*, 1993, p. 336, nr. 4).

Het arrest van de Raad van State, waarvan het Hof van Cassatie in het geannoteerde arrest diende na te gaan of het de grondwettelijke bevoegdheidsregelen (art. 144-145 G.W.) had miskend, gaat duidelijk in dezelfde richting. In een geval waarin een kind schade had geleden bij een verplichte inenting, hadden zijn ouders van de Belgische Staat schadevergoeding gevorderd, eerst voor de burgerlijke rechtbank en voor het Hof van Beroep te Bergen, dat de eis had afgewezen, omdat er bij de inenting geen fout was begaan. Nadien stelden zij bij de Raad van State een eis tot herstelvergoeding voor buitengewone schade in. De door de Belgische Staat opgeworpen exceptie van onbevoegdheid werd door de Raad van State afgewezen, omdat de ouders voor de hoven en rechtbanken tevergeefs hadden getracht aan te tonen dat er bij de inenting een fout was begaan, waardoor zij hadden bewezen dat zij voor hun schade geen vergoeding konden verkrijgen op grond van art. 1382 B.W. Om zijn eigen bevoegdheid te beoordelen, heeft de Raad van State dus ook hier nagegaan of de verzoekende partijen in de eis tot toekenning van een herstelvergoeding voor buitengewone schade zich nuttig tot de rechtscolleges van de rechterlijke orde hadden kunnen wenden om vergoeding van die schade te verkrijgen.

In het geannoteerde arrest heeft het Hof van Cassatie zich volledig aangesloten bij deze rechtspraak van de Raad van State. De verwerping, door de Raad, van de door de Belgische Staat opgeworpen exceptie van onbevoegdheid, is volgens het Hof van Cassatie naar recht verantwoord op grond van de in de vorige alinea vermelde motieven.

A. Van Oevelen
Gewoon hoogleraar
Universiteit Antwerpen
(ULA en UFSIA)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 15 MEI 1998
Voorzitter: mevr. Charlier
Rapporteur: de h. Verheyden
Openbaar ministerie: de h. Piret
Advocaten: mrs. de Bruyn en Draps

Huwelijksvermogensrecht – Gezinswoning – Preferentiële toewijzing – Art. 1446 en 1447 B.W. – Overgangsrecht

De wet van 14 juli 1976 betreffende de wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels heeft in haar overgangsbepalingen een aantal artikelen van rechtswege van toepassing verklaard op echtgenoten die onder het stelsel van gemeenschap beperkt tot de aanwinsten waren gehuwd, behoudens andersluidende verklaring van de echtgenoten. De artt. 1446 en 1447 B.W. worden daarbij niet met name genoemd en zijn bijgevolg niet toepasselijk op de betreffende echtgenoten.

D. t/ D.

Gelet op het bestreden arrest, op 2 oktober 1996 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

...

Over het tweede middel: schending van de artt. 1, 3°, eerste lid, 3 van de overgangsbepalingen van de wet van 14 juli 1976 betreffende de wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels, 47, § 3, van de opheffings- en wijzigingsbepalingen van die wet (art. 4), 1446 en 1447 B.W., zoals ze bij de wet van 14 juli 1976 in dit wetboek zijn ingevoegd,

doordat het arrest de vordering van eiseres afwijst die er toe strekte het pand te Rixensart bij voorrang toe te wijzen met toepassing van de artt. 1446 en 1447 B.W. (wet van 14 juli 1976) die bepalen (art. 1447 B.W.) dat «wanneer het (wettelijk) stelsel eindigt door echtscheiding,... elk der echtgenoten in de loop van de vereffeningprocedure aan de rechtbank kan vragen (art. 1446 B.W.) tegen opleg indien daartoe grond bestaat, zich bij voorrang doen toewijzen een van de onroerende goederen die tot gezinswoning dient...»,

terwijl het arrest die vordering afwijst op grond: «dat met toepassing van art. 3 (art. 1, 3°, eerste lid) van de overgangsbepalingen van die wet (wet van 14 juli 1976) alleen de nieuwe artt. 1415 tot 1426 tot regeling van het bestuur van de vermogens en de nieuwe artt. 1408 tot 1414 betreffende de gemeenschappelijke schulden en de rechten van de schuldeisers van toepassing zijn op de echtgenoten die, zoals te dezen, gehuwd zijn met aanneming van het oude stelsel van de gemeenschap beperkt tot de aanwinsten»,

terwijl voornoemd art. 1, 3°, eerste lid, van art. 3 van de overgangsbepalingen van de wet van 14 juli 1976, benevens het nieuwe primaire stelsel dat zij invoert, bepaalt dat «indien (de verklaring dat zij hun wettelijk of bedongen huwelijksvermogensstelsel ongewijzigd wensen te handhaven) niet wordt afgelegd, de echtgenoten die de gemeenschap beperkt tot de aanwinsten... hebben aangenomen... zullen onderworpen zijn aan de bepalingen van de artt. 1415 tot 1426 B.W. voor alles wat betrekking heeft op het bestuur van de gemeenschap en van de eigen goederen, alsook aan de bepalingen van de artt. 1408 en 1414 betreffende de gemeenschappelijke schulden en de rechten van de schuldeisers»; die bepaling, in tegenstelling tot de beslissing van het arrest, niet uitsluit dat de (nieuwe) artt. 1446 en 1447 B.W. op de echtgenoten van toepassing zijn bij vereffening van hun gemeenschap beperkt tot de aanwinsten; zoals eiseres in conclusie betoogde, uit het feit dat de wetgever in de overgangsbepalingen heeft vastgelegd dat de echtgenoten die onder het stelsel van de gemeenschap beperkt tot de aanwinsten

aan sommige nieuwe bepalingen zijn onderworpen, waartoe de artt. 1446 en 1447 niet behoren, niet kan worden afgeleid dat de wetgever heeft willen beslissen dat die echtgenoten na de echtscheiding bij de vereffening van de gemeenschap niet onder de toepassing van de artt. 1446 en 1447 vallen; in werkelijkheid zowel uit de geest als uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 14 juli 1976. (...) blijkt dat de wetgever alleen oog had voor de onmiddellijke toepassing van sommige nieuwe bepalingen op de echtgenoten die onder een stelsel van gemeenschap beperkt tot de aanwinsten zijn gehuwd, zonder zich te bekommeren om de vereffening van dat stelsel wanneer het is ontbonden; de bedoeling van de wetgever dus wordt miskend wanneer men beslist dat hij de toepassing van de artt. 1446 en 1447 B.W. heeft uitgesloten bij de vereffening van een gemeenschap beperkt tot de aanwinsten die, volgens de uitdrukkelijke wil van de wetgever, onder toepassing viel van de nieuwe regelen inzake het bestuur van het vermogen en betreffende de gemeenschappelijke schulden; bovendien uit de tekst van § 3 van art. 47 van de opheffings- en wijzigingsbepalingen van de wet van 14 juli 1976 (art. 4) volgt dat op de echtgenoten gehuwd onder een stelsel van gemeenschap beperkt tot de aanwinsten, de oude bepalingen van de Code Napoléon alleen toepasselijk blijven in zoverre zij noodzakelijk zijn voor de werking en de vereffening van hun huwelijksvermogensstelsel; in de mate de nieuwe artt. 1446 en 1447 B.W. geen regel invoeren die strijdig zou zijn met een oude bepaling die noodzakelijk is voor de werking en de verdeling van de gemeenschap, er dus geen reden was om de toepassing ervan af te wijzen; (...)

Overwegende dat art. 1, 3°, van de overgangsbepalingen van de wet van 14 juli 1976 (art. 3) in zijn eerste lid bepaalt dat, indien de verklaring bedoeld in 1° niet wordt afgelegd, de echtgenoten die de gemeenschap beperkt tot de aanwinsten hadden aangenomen, onderworpen zullen zijn aan de bepalingen van de artt. 1415 tot 1426 voor alles wat betrekking heeft op het bestuur van de gemeenschap en van de eigen goederen, alsook aan de bepalingen van de artt. 1408 tot 1414 betreffende de gemeenschappelijke schulden en de rechten van de schuldeisers;

Overwegende dat de wetgever bijgevolg de nieuwe bepalingen, die hij wil doen toepassen op de echtgenoten die inzonderheid het stelsel van de gemeenschap beperkt tot de aanwinsten hadden aangenomen en die binnen de wettelijke termijn geen verklaring hebben afgelegd dat zij hun vroeger huwelijksvermogensstelsel ongewijzigd wensen te handhaven, duidelijk tot de voormelde artikelen heeft beperkt;

Overwegende dat het arrest, door eerder op de wettekst te steunen dan op de bedoeling die eiseres aan de auteurs ervan toeschrijft, zijn arrest tot verwerping van haar vordering om zich bij voorrang een onroerend goed dat tot gezinswoning dient te doen toewijzen, naar recht verantwoordt;

Dat het middel, in zoverre het steunt op de artt. 1, 3°, van de wet van 14 juli 1976 (art. 3), 1446 en 1447 B.W., faalt naar recht;

Overwegende dat art. 47, § 3, van dezelfde wet (art. 4), dat de oude bepalingen beoogt voor toepassing blijven in zoverre zij noodzakelijk zijn voor de werking en de vereffening van het huwelijksvermogensstelsel, niets te maken heeft met de mogelijke toepassing van de nieuwe artt. 1446 en 1447 op echtgenoten die onder vigeur van de oude wet on-

der het stelsel van de gemeenschap beperkt tot de aanwinsten zijn gehuwd;

Dat het middel, in zoverre het steunt op de schending van die wetsbepaling, niet ontvankelijk is;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 12 OKTOBER 1998

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Parmentier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. Delahaye en Van Ommeslaghe

Arbeidsovereenkomst – Verjaring – Termijn – Duur – Overwerk – Loon – Niet-betaling – Misdrijf – Schade – Vergoedingsverplichting – Vordering in rechte – Burgerlijke rechtsvordering

Wanneer het niet betalen van het loon voor overwerk een misdrijf is, kan de werknemer een rechtsvordering instellen tot herstel van de schade, ook al vormt het niet betalen van dat loon tevens het niet nakomen van een verbintenis die uit de arbeidsovereenkomst voortspuit. Die rechtsvordering verjaart volgens de bij de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering voorgeschreven bepalingen.

S. t/ N.V. P.

Gelet op het bestreden arrest, op 4 maart 1997 gewezen door het Arbeidshof te Brussel;

...

Overwegende dat het arrest van 30 april 1996 vaststelt dat eisers rechtsvordering ertoe strekt verweerster te doen veroordelen tot betaling van «loon (voor de vordering van overuren)»; dat eiser in zijn appèlconclusie steunt op het misdrijf van niet betaling van loon dat bedongen wordt in een bij overeenkomst, en hij uitdrukkelijk betoogde dat de vijfjarige verjaringstermijn van art. 26 van de Voorafgaande Titel van de wet van 17 april 1878 houdende het Wetboek van Strafvordering moest worden toegepast;

Overwegende dat het arrest, nu het de beslissing dat de rechtsvordering verjaard is, uitsluitend grondt op art. 15 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, de in het middel aangegeven wetsbepalingen schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 26 NOVEMBER 1998

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: mevr. Bourgeois

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

Advocaten: mrs. De Gryse en Bützler

Verzekering – Motorrijtuig – Niet-verzekering en burgerrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurder-dief – Subrogatie Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds – Medeaansprakelijkheid van eigenaar van gestolen voertuig

Wanneer in geval van diefstal de burgerrechtelijke aansprakelijkheid niet verzekerd is overeenkomstig de wettelijke geoorloofde uitsluiting, kan de benadeelde vergoeding krijgen van het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds, zelfs als de eigenaar van het motorrijtuig persoonlijk aansprakelijk zou kunnen zijn. In zoverre het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds de schade heeft vergoed treedt het in de rechten van de benadeelde tegen de aansprakelijke personen of hun verzekeraars. Het arrest dat vaststelt dat het ongeval het rechtstreeks gevolg is van de diefstal die slechts kon plaatshebben doordat het voertuig 's nachts met openstaand portier en met de sleutels op het contact door de eigenaar onbeheerd werd achtergelaten en beslist dat de eigenaar medeaansprakelijk is voor het ongeval, oordeelt wettig dat het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds in de rechten treedt van de benadeelde en zijn uitgaven mag verhalen ten laste van de medeaansprakelijke voor het ongeval en zijn verzekeraar.

N.V. N. t/ Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds

Gelet op het bestreden arrest, op 15 februari 1995 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen;

...

Over het tweede middel:

Overwegende dat, krachtens het te dezen toepasselijk art. 50, § 1, 3°, van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen, elke benadeelde van het Gemeenschappelijk Waarborgfonds vergoeding kan krijgen van de schade voortvloeiend uit lichamelijke letsels die door een motorvoertuig zijn veroorzaakt wanneer in geval van diefstal, geweldpleging of heling, de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het motorvoertuig aanleiding kan geven, niet verzekerd is, overeenkomstig de wettelijk geoorloofde uitsluiting;

Dat, krachtens art. 3, eerste lid, van de te dezen toepasselijke wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, de verzekering de burgerrechtelijke aansprakelijkheid moet dekken van de eigenaar, van iedere houder en van iedere bestuurder van het verzekerde motorrijtuig, zulks met uitzondering van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van hen die zich door diefstal of geweldpleging de macht over het motorvoertuig hebben verschaft;

Dat dit artikel niet inhoudt dat bij diefstal van een motorrijtuig de eigenaar ervan niet verzekerd is; dat die bepaling kennelijk betekent dat de aansprakelijkheidsverzekering van de eigenaar de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van degene die zich door diefstal de macht over het voertuig heeft verschaft, niet dekt;

Overwegende dat uit deze beide bepalingen volgt dat wanneer in geval van diefstal de burgerrechtelijke aansprakelijkheid niet verzekerd is, overeenkomstig de wettelijk geoorloofde uitsluiting, een benadeelde vergoeding kan krijgen van het Gemeenschappelijk Waarborgfonds, zelfs als de eigenaar van het voertuig persoonlijk aansprakelijk zou kunnen zijn;

Overwegende dat, krachtens het te dezen toepasselijk art. 50, § 2, van de wet van 9 juli 1975, het Gemeenschappelijk Waarborgfonds, in zoverre het de schade heeft vergoed, in de rechten treedt van de benadeelde tegen de aansprakelijke personen en eventueel tegen hun verzekeraars;

Dat die bepaling het Gemeenschappelijk Waarborgfonds in de rechten laat treden van de benadeelde tegen de aansprakelijke personen en hun verzekeraar, voor zover de vergoeding beantwoordt aan de vereisten gesteld in art. 50, § 1, van deze wet, dit onverminderd de regelen die gelden in geval van medeaansprakelijkheid;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat het ongeval het rechtstreeks gevolg is van de diefstal die slechts kon plaatshebben doordat het voertuig 's nachts met openstaande portier en met de sleutels op het contact door de eigenaar onbeheerd werd achtergelaten; dat het arrest beslist dat de eigenaar medeaansprakelijk is voor het ongeval dat eiseres verzekert;

Dat het arrest dat oordeelt dat verweerder op grond van art. 50, § 1, 3°, van voormelde wet in de rechten treedt van de benadeelde en zijn uitgaven mag verhalen ten laste van de medeaansprakelijke voor het ongeval en zijn verzekeraar, de in het middel aangewezen wetsbepalingen (art. 50, § 1, 3° en 80, § 1, 3° en § 2, van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen) niet schendt;

...

NOOT – 1. Deze beslissing kadert in de geldende rechtspraak van het Benelux Gerechtshof en van het Hof van Cassatie die oordeelt dat de W.A.M.-verzekeraar toch verplicht is het ongeval veroorzaakt door het gestolen, geheelde of door geweld verkregen motorrijtuig te vergoeden wanneer naast de aansprakelijkheid van de dief, heler of geweldpleger, tevens de medeaansprakelijkheid van een verzekerde persoon in relatie tot het schadegeval kan worden aangenomen.

Het Benelux Gerechtshof besliste terzake ingeval van burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de ouders voor de daden van hun minderjarige kinderen. Het Hof oordeelde dat, zelfs wanneer de minderjarige de auto van zijn ouders had gestolen op het ogenblik van het ongeval, de W.A.M.-verzekeraar van de eigenaars-ouders moet tussenkomen. Het gaat immers om hun aansprakelijkheid en niet die van de dief (Benelux Hof, 21 december 1990, *Benelux Jur.*, 1990, 41, met conclusie van advocaat-generaal M. Lenaerts, *Verkeersrecht*, 1991, 82 en *R.W.*, 1990-91, 1120; Cass., 9 mei 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, 1042, *Pas.*, 1989, I, 937; Cass., 10 september 1991, *Arr. Cass.*, 1991-92, 21, *R.W.*, 1991-92, 548 en *Verkeersrecht*, 1992, 73).

De W.A.M.-verzekeraar is eveneens ertoe gehouden dekking te verlenen ingeval, zoals in het betrokken arrest, een verzekerde medeaansprakelijk wordt gesteld voor de diefstal van het motorrijtuig en het ongeval dat ermee veroorzaakt wordt. De beoordeling van het oorzakelijk verband tussen enerzijds de fout of onvoorzichtigheid van een verzekerde en anderzijds de schade veroorzaakt door de dief, de heler of geweldpleger bij gebruik van de wagen is daarbij essentieel (zie Cass., 10 januari 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, 480, *Pas.*, 1991, I, 422 en *R.W.*, 1990-91, 1307 en recent Cass., 5 februari 1998, *T.B.B.R.*, 1999, 77). Betreffende beslissingen van lagere rechtbanken in dezelfde zin, raadplege men o.m.

Van Schoubroeck, C., Joque, G., Vanderspikken, A. en Cousy, H., «Overzicht van rechtspraak. Verzekering motorrijtuigen 1980-1997», *T.P.R.*, 1998, p. 122-124, nr. 31.3.

2. Met betrekking tot de interpretatie die de rechtspraak geeft aan de uitsluiting in de W.A.M.-wet wegens diefstal, heiling of met geweld verkrijgen van een motorrijtuig raadplegen o.m. Van Schoubroeck, C., Joque, G., Vanderspikken, A. en Cousy, H., *o.c.*, p. 121-122 en p. 124-134.

C. Van Schoubroeck

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING – 14 JANUARI 1999

Voorzitter: de h. Craeybeckx

Raadsheren: de hh. Van Fraechem en Mennes

Openbaar ministerie: de h. Salden

Advocaat: mr. Van Leemput

Strafvordering – Beslag – Opheffing – Regelmatigheid van het beslag

Uit de in samenhang gelezen artt. 42, 43 en 43bis Sw. en de artt. 35 tot 39, 61 en 87 tot 89 Sv. kan worden afgeleid dat de inbeslagneming van gelden enig verband moet hebben met het onderzochte misdrijf, d.w.z. dat die gelden ofwel het voorwerp van het misdrijf uitmaken, ofwel uit het misdrijf voortkomen, ofwel vermogensvoordelen zijn die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen, ofwel waarden betreffen die in de plaats komen of inkomsten zijn uit belegde voordelen.

C. v/ O.M.

Overwegende dat de voorziening naar vorm en termijn ontvankelijk is;

Overwegende dat de onderzoeksrechter op 11 december 1998 de opheffing van het beslag beval op bankrekening... en de daaraan gekoppelde spaarrekening, zonder dat een kopie van het verzoekschrift aan de procureur des Konings werd gezonden, teneinde deze in staat te stellen de vorderingen te doen die hij nuttig zou achten (art. 61^{quater}, § 2, Sv.);

Overwegende dat de procureur des Konings een afschrift van de beschikking van de onderzoeksrechter ontving op 11 december 1998 en op 18 december 1998, conform art. 61^{quater}, § 5, tweede lid, Sv., hoger beroep instelde;

Dat het hoger beroep enkel en alleen betrekking kan hebben op de bankrekening nr.... en de daaraan gekoppelde spaarrekening;

Dat het openbaar ministerie zijn hoger beroep staaft bij middel van een vordering en een conclusie;

Overwegende dat art. 61^{quater}, § 3, Sv. bepaalt dat de onderzoeksrechter het verzoek tot opheffing van de onderzoekshandeling met betrekking tot de goederen van de in verdenking gestelde kan afwijzen wanneer de wet in de teruggave of de verbeurdverklaring van de betrokken goederen voorziet;

Overwegende dat in beslag kunnen worden genomen: niet alleen alle roerende goederen die kunnen bijdragen tot het

ontdekken van de waarheid omtrent de vervolgte feiten (artt. 35-37 Sv. voor wat betreft de procureur des Konings en artt. 87-89 Sv. voor wat betreft de onderzoeksrechter, met verwijzing naar artt. 35, 35^{bis}, 36, 37, 38 en 39 Sv.), maar ook alle documenten of voorwerpen die in aanmerking komen voor verbeurdverklaring door het vonnisgerecht (artt. 42 en 43 Sw.), onroerende goederen uitgezonderd;

Dat naar luid van art. 42, 3°, Sv., bijzondere verbeurdverklaring toegepast wordt op de vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen, op de goederen en waarden die in de plaats ervan gesteld zijn en op de inkomsten uit belegde voordelen;

Dat bijzondere verbeurdverklaring, toepasselijk op de zaken bedoeld in art. 42, 3°, Sv., door de rechter in elk geval kan worden uitgesproken en, indien de zaken niet kunnen gevonden worden in het vermogen van de veroordeelde, de rechter zelfs de geldwaarde ervan raamt en de verbeurdverklaring betrekking heeft op een daarmee overeenstemmend bedrag (art. 43^{bis} Sw.);

Overwegende dat uit de onderlinge samenhang van deze artikelen mag afgeleid worden dat de in beslag genomen gelden enig verband moeten hebben met het onderzochte misdrijf, d.w.z. ofwel het voorwerp van het misdrijf uitmaken, ofwel uit het misdrijf voortkomen, ofwel vermogensvoordelen zijn die rechtstreeks uit het misdrijf verkregen zijn, ofwel waarden betreffen die in de plaats komen of inkomsten zijn uit belegde voordelen;

Dat, in de zaken bedoeld in art. 42, 3°, Sw. de rechter bijzondere verbeurdverklaring kan uitspreken en, mochten deze zaken niet kunnen worden teruggevonden in het vermogen van de veroordeelde, hij de geldwaarde ervan kan ramen en een daarmee overeenstemmend bedrag kan verbeurdverklaren (art. 43^{bis} Sw.);

Dat het in beslag nemen van alle gelden van een verdachte, zelfs zo het bewezen is dat ze geenszins in verband staan met het onderzochte misdrijf, nergens steun vindt in de wet;

Overwegende dat *in casu* uit de stukken van het strafdosier blijkt dat de in verdenking gestelde reeds vóór de feiten in het bezit was van de geblokkeerde rekeningen en de gelden afkomstig zijn van de verkoop van een handelszaak, die reeds dateert van juni 1988;

Dat het hoger beroep van het openbaar ministerie dan ook ongegrond is;

NOOT – Over het verzoek tot opheffing van het beslag

1. Luidens art. 61^{quater}, Sv. kan eenieder die geschaad wordt door een onderzoekshandeling met betrekking tot zijn goederen aan de onderzoeksrechter de opheffing ervan vragen.

Het met redenen omklede verzoekschrift wordt ingediend bij de griffie van de rechtbank van eerste aanleg en ingeschreven in een daartoe bestemd register.

2. De griffier is gehouden onverwijld een kopie aan de procureur des Konings te zenden en deze doet de vorderingen die hij nuttig acht.

Te dezen werd het verzoekschrift ingediend op 10 december 1998 en de onderzoeksrechter stond bij beschikking van 11 december 1998 een gedeeltelijke opheffing van het beslag toe, zonder dat de procureur des Konings bericht kreeg van het verzoek tot opheffing.

3. De kamer van inbeschuldigingstelling releveert die onregelmatigheid, maar trekt daar geen conclusies uit. Toch menen wij dat deze beschikking van de onderzoeksrechter door nietigheid was aangetast omdat de kennisgeving aan het openbaar ministerie een essentiële voorwaarde is van de regelmatigheid van de rechtspleging. Het Hof had de beschikking moeten tenietdoen en opnieuw beslissen over de zaak zelf, na vordering van de procureur-generaal.

Wat vanzelf spreekt doet dat vaak niet luid genoeg.

A. Vandeplass

ARBEIDSHOF ANTWERPEN AFDELING HASSELT

4e KAMER – 24 OKTOBER 1997

Voorzitter: de h. Cools

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Mondelaers en Vanbuel

Openbaar ministerie: de h. Nelissen

Advocaten: mrs. Molenaers en Oosterbosch loco Christoffels

Europees Recht – Sociale zekerheid werknemers – EG-Verordening 1408/71 – Sociale zekerheid – Britse zelfstandigen – Detachering – Voorafgaande zelfstandige activiteit – Formulier E.101 – Bewijskracht

Voor de toepassing van de detachingsregel in art. 14bis EG-Verordening nr. 1408/71 inzake zelfstandigen is niet vereist dat de E.G.-onderdaan in het land van herkomst vóór hun detachering een zelfstandige activiteit uitoefenden.

De E.101 formulieren uitgereikt door het Britse Department of Health and Social Security inzake de detachering van zelfstandigen, «self-employed persons», zijn als zodanig terzake bewijskrachtige en geldige documenten, tenzij de belanghebbende, in casu de R.S.Z., op grond van precieze feiten de arbeid in ondergeschiktheid bewijst.

N.V. AL. t/ R.S.Z.

Volgens het verslag van de adjunct-inspecteur S. D. werden bij een bouwplaatscontrole te Ukkel op 23 april 1991 door de Sociale Inspectie vier Britse onderdanen aangetroffen die werken uitvoerden voor de firma AL.

De verklaringen van vier Britten werden op 23 april 1991 opgeschreven in de Engelse taal op Franstalige formulieren van processen-verbaal van verhoor.

L. L. verklaarde: «I work for IN. since about two weeks. I got a formular-E101 from English Social Security; In England I work as a independant. IN. promised to give us a contract, but I haven't signed any document – yet I haven't got any salary yet and don't know how much I'm going to earn.»

H. M. verklaarde: «I work in the same conditions as Mr. L. for the employer IN. since about two weeks.»

B. L. verklaarde: «I work in the same conditions as Mr. L.».

P. P. verklaarde: «I work in the same conditions as Mr. L.».

De heer D. werd op 23 april 1991 verhoord. Hij verklaarde het volgende: «Ik wens Nederlands te spreken en verkies deze taal voor het gebruik in rechtszaken. Ik ben de verantwoordelijke van de bouwplaats te Ukkel en tewerkgesteld door de hoofdaannemer B. Ik kan U de aanwezigheidslijsten van B. en van de onderaannemer V. (...?). De andere onderaannemers J., L., D., IN., en V.-E. hebben mij tot nog toe geen lijsten overhandigd voor vandaag. De aannemer IN. heeft geen onderaannemers op deze bouwplaats sedert verscheidene weken en heeft nooit een Engelse firma in onderaanneming gehad. Wel stelt IN. zelf momenteel vier Engelse arbeiders tewerk. Ik weet niet welke hun arbeidsvoorwaarden zijn.»

De Britten brengen detachingsformulieren E.101-GB bij, uitgereikt door het Departement of Health and Social Security waaruit blijkt dat zij «Self-employed person» zijn. Aan de detachingsformulieren zijn facturen gehecht betreffende pleisterwerken uitgevoerd in onderaanneming voor N.V. AL.

1. L. M.: E.101-GB-formulier uitgereikt op 17 april 1991, gedetacheerd van 2 april 1991 tot 1 oktober 1991. Drie facturen van MSL. – 2. G. S.: E.101-GB-formulier uitgereikt op 8 mei 1991, gedetacheerd van 2 april 1991 tot 1 april 1992, was «selfemployed person» sinds 2 april 1991. Twee facturen van G. S. – 3. B. J.: E.101-GB-formulier uitgereikt op 3 april 1991, gedetacheerd van 3 april 1991 tot 2 april 1992, was «self employed person» sinds 3 april 1991. Vier facturen van B. J. – 4. M. F.: E.101-GB-formulier afgeleverd op 17 april 1991 gedetacheerd van 8 april 1991 tot 7 april 1992. Een factuur van M. F. – 5. P. D.: E.101-GB-formulier uitgereikt op 11 april 1991 gedetacheerd van 8 april 1991 tot 1 april 1992 was «selfemployed person» sinds 8 april 1991. Twee facturen van W.P.P. – 6. (...) – 7. P. P.: E.101-GB-formulier uitgereikt op 28 mei 1991, gedetacheerd van 8 april 1991 tot 7 april 1992. Een factuur van P. P. – 8. (...) – 9. H. M. E.101-GB-formulier uitgereikt op 20 mei 1991 gedetacheerd van 13 mei 1991 tot 12 mei 1991, was «self employed person» sinds 13 mei 1991. Een factuur van H. M. – 10. (...) – 16. (...).

In rechte

...

4. Met toepassing van art. 14bis.1a. van de E.G.Verordening nr. 1408/71 werden zeventien Britse onderdanen, «self-employed person», door middel van het formulier E101-GB-, uitgereikt door het *Department of Health and Social Security*, gedetacheerd naar België.

Volgens art. 14.1.a. blijft op degene die op het grondgebied van een lidstaat werkzaamheden in loondienst verricht voor een onderneming waaraan hij normaal is verbonden en door deze onderneming wordt gedetacheerd op het grondgebied van een andere lidstaat teneinde daar voor haar rekening arbeid te verrichten, de wetgeving van eerstbedoelde lidstaat van toepassing, voor zover de te verwachten duur van die tewerkstelling niet meer dan twaalf maanden bedraagt en hij niet wordt uitgestuurd ter vervanging van een werknemer wiens detachering is beëindigd.

Ook zelfstandigen («self-employed persons») kunnen de regel van de detachering invoeren en kunnen als het ware zichzelf detacheren, wanneer zij dit doen in de normale uitoefening van hun werkzaamheden (Y. Jorens, *Wegwijs in het Europees Sociale Zekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 1992, blz. 70; J. Van Steenberge en Y. Jorens, *Grenzen-Vér-Wer-*

ken, 110 vragen over Europees Sociaal-Zekerheidsrecht, Brugge, Die Keure, 1995, blz. 37, nr. 18; H. Verschueren, «Definities en conflictregels m.b.t. grensarbeid in EG-Verordening nr. 1408/71», in *Grensarbeid*, Y. Jorens, (ed.), Brugge, die Keure, 1997, blz. 46, nr. 26.)

Geïntimeerde betwist thans de geldigheid van de E.101-GB-formulieren en verwijst naar art. 14bis.1.a. van de E.G. Verordening nr. 1408/71, waarin wordt bepaald dat de Britse wetgeving enkel van toepassing kan blijven als de betrokkenen voordien als zelfstandigen werkten in Groot-Brittannië, hetgeen voor de betreffende Britten niet het geval is.

Slechts op zeven E.101-GB-formulieren vallen de begindatum van de zelfstandige activiteit in Groot-Brittannië samen met de begindatum van de detachering. In de overige tien gevallen wordt geen begindatum van de activiteit als «*self-employed persons*» vermeld.

De vraag rijst dan of het hof de E.101-GB-formulieren, uitgereikt door het Britse *Department of Health and Social Security*, wel op hun geldigheid vermag te toetsen. Het E.101-formulier levert immers het bewijs van de geldige detachering.

Het is derhalve aan geïntimeerde om te bewijzen dat er aan een of meer voorwaarden van de detachering niet is voldaan en dat er geen sprake kan zijn van detachering.

Geïntimeerde, hierin gevolgd door de eerste rechter, geeft een uitlegging van art. 14bis.1.a. van de E.G.-Verordening nr. 1408/71 die met de bewoordingen ervan niet verenigbaar is.

Voormeld art. 14bis.1.a. bepaalt immers «Op degene die op het grondgebied van een lidstaat gewoonlijk werkzaamheden anders dan in loondienst uitoefent en op het grondgebied van een andere lidstaat arbeid verricht, blijft de wetgeving van eerstbedoelde lidstaat van toepassing, mits de te verwachten duur van die arbeid niet meer dan twaalf maanden bedraagt.»

In zover geïntimeerde en ook de eerste rechter als voorwaarde voor een geldige detachering stellen dat de Britse onderdanen «op voorhand», d.w.z. vóór hun detachering, een zelfstandige activiteit in Groot-Brittannië hadden moeten uitoefenen, is deze redenering niet verenigbaar met de uitdrukkelijke tekst van art. 14bis.1.a. van de E.G. Verordening nr. 1408/71.

De betekenis van begrippen «werkzaamheden in loondienst» en «werkzaamheden anders dan in loondienst» doet ernstige interpretatieproblemen rijzen voor de toepassing van de bepalingen uit titel II van de E.G.-Verordening nr. 1408/71. Het Hof van Justitie heeft zeer recent geoordeeld dat onder voornoemde begrippen, de werkzaamheden dienen te worden verstaan «die als zodanig worden beschouwd voor de toepassing van de socialezekerheidswetgeving van de lidstaat op het grondgebied waarvan deze werkzaamheden worden uitgeoefend» (Arresten *H.v.J.*, 30 januari 1997, zaak C-340/94 (De Jaeck), en de zaak C-221/95 (Hervein), onuitgegeven, vermeld door H. Verschueren, blz. 58, voetnoot (56).

Wegens de doelstelling en de geest van de Verordening, namelijk het vrij verkeer van werknemers als een der beginselen van het Gemeenschapsrecht, alsmede het in aanmerking nemen van de wijze van financiering van het stelsel waarbij de Britse «*self-employed person*» zijn aangesloten, had geïntimeerde minstens kunnen informeren bij de Britse socialeverzekeringkas over de aanwijzing van de toepasselijke socialeverzekeringwetgeving. (Stichting Bureau voor Belgische zaken, Breda, «Toepasselijke wetgeving inzake so-

ciale zekerheid: een praktische benadering», in *Grensarbeid*, Y. Jorens, (ed.), Brugge, Die Keure, 1997, blz. 6466, nrs. 5-10.

5. Tijdens de bouwplaatscontrole op 23 april 1991 heeft de adjunct-inspecteur blijkbaar *de visu* kunnen vaststellen dat uit de omstandigheden waarin twee Britse onderdanen (H. M. en J. L.) waren tewerkgesteld, afgeleid kan worden dat zij als werknemers en niet als zelfstandigen waren tewerkgesteld. Op bladzijde 2, punt 3 van zijn verslag stelt de adjunct-inspecteur dat er vier Britten voor de firma AL. aan het werk waren. Uiteindelijk werden zeventien Britse werknemers door geïntimeerde in aanmerking genomen voor het innen van de S.Z.-bijdragen ten laste van appellante.

Uit de visuele vaststellingen van tewerkstelling kan niet worden afgeleid dat een werkende persoon als «werknemer» dan wel als «zelfstandige» moet worden gekwalificeerd. De uitbreiding van eerst twee, naar vier en uiteindelijk naar zeventien tewerkgestelde Britse onderdanen, zonder staving door voldoende bewijsstukken, lijkt enigszins overdreven.

Voorts blijkt eveneens uit het verslag dat de Britse onderdanen werkten voor IN., bestuurder van de N.V. AL. De heer IN. werd blijkbaar door de adjunct-inspecteur op 20 juni 1991 verhoord en hij verschaftte uitleg over de facturering van de werken. Van dit verhoor wordt geen enkel stuk bijgebracht, zodat hieraan geen enkele bijzondere bewijswaarde kan worden gehecht.

Tevens wordt door geïntimeerde niet bewezen dat de heer IN. inderdaad bestuurder is van appellante en in die hoedanigheid namens haar verklaringen kon afleggen.

Uit de verklaring van de heer D. kan enkel worden afgeleid dat hij aannemer IN. kent, maar hij spreekt niet van de firma N.V. AL. Als verantwoordelijke van de hoofdaannemer B. kan hij immers niet weten of de Britse onderdanen al dan niet in ondergeschiktheid werken voor appellante. Hij verklaart uitdrukkelijk de arbeidsvoorwaarden niet te kennen.

Ten slotte bewijst de loutere vaststelling van de adjunct-inspecteur dat er geen schriftelijke arbeidsovereenkomsten, noch contracten van onderaanneming werden gesloten tussen de Britse onderdanen en appellante, geenszins een band van ondergeschiktheid.

De rubriek «niet-gestaafde veronderstellingen» van het verslag, zoals het niet-hebben van een handelsregister en een B.T.W.-nummer, het materieel dat werd geleverd en betaald door appellante, het werken in een ploeg van vier personen, het opmaken van fictieve facturen, het contant betalen via de kas, zijn enkel losse bedenkingen van de adjunct-inspecteur D., die door geen enkel bewijsstuk worden gestaafd.

Dat de onregelmatigheden in verband met het onderzoek naar de niet-geregistreerde aannemers een aparte vordering vereist op grond van art. 30bis, § 3, van de wet van 27 juni 1969, namelijk de invordering van de boete wegens niet-inhouding en niet-doorstorting van de bijslag van 15% wanneer een beroep wordt gedaan op een niet-geregistreerde medepartij, is terzake niet dienend. *In casu* betreft het immers een vordering betreffende de niet-aangifte en invordering van verschuldigde S.Z.-bijdragen op grond van art. 23 van de S.Z.-wet.

Dat de betalingen per kas geen onregelmatigheid vormen werd door de adjunct-inspecteur toegegeven.

Voor het bepalen van de periode van tewerkstelling en van de lonen werden de facturen gebruikt. Dit getuigt van wei-

nig ernst van geïntimeerde, omdat zij zelf veronderstelt dat er nieuwe fictieve facturen werden opgesteld.

In zijn «Verslag voor de R.S.Z. gevoegd bij F33», *in fine*, besluit de adjunct-inspecteur dan ook dat de S.Z.-bijdragen werden berekend «omdat wij over geen andere gegevens beschikken». Op de formulieren F33 opgemaakt door de adjunctinspecteur D. op 20 februari 1992 werd telkens met de hand bijgeschreven dat de dagen en uren niet gekend waren.

Een grondiger onderzoek naar de echtheid en de conformiteit met de geleverde werkzaamheden van de opgestelde facturen zou zeker niet overbodig geweest zijn.

Uit dit alles dient te worden besloten dat geïntimeerde niet bewijst dat de E.111-G.B.-formulieren ongeldig zijn en strijdig met de bepalingen van de E.G.-Verordeningen nr. 1408/71 en 574/72, en dat geïntimeerde zeker niet heeft aangetoond dat er een gezagsverhouding, zijnde het essentiële element van elke arbeidsovereenkomst, aanwezig was tussen de zeventien Britse onderdanen en appellante.

In de marge van het geschil kan nog worden vermeld dat, gelet op de moeilijkheden en de betwistingen in verband met detachering, de Administratieve Commissie voor de sociale zekerheid van migrerende werknemers in het Besluit nr. 163 van 31 mei 1996 een aantal controlemaatregelen heeft neergeschreven, waarvan zij stelt dat de bevoegde organen van de uitzendende staat en van de staat van tewerkstelling samen die maatregelen dienen uit te werken en verder dienen samen te werken wanneer er twijfel bestaat omtrent de al dan niet toepassing van het detacheringsartikel 14.1.a. (H. De Leu, «Detachering en afwisselende tewerkstelling op het grondgebied van verschillende EVA-landen: een praktische benadering (België), *in Grensarbeid*, (Ed.), Y. Jorens, Brugge, die Keure, 1997, blz. 125, nr. 41. – Het Besluit nr. 163 werd gepubliceerd in *P.B.L.* nr. 241 van 21 september 1996, 28).

De oorspronkelijke vordering van de R.S.Z. dient bijgevolg te worden afgewezen.

CORRECTIONELE RECHTBANK TE HASSELT

13e KAMER – 16 FEBRUARI 1999

Voorzitter: mevr. Van Copenolle

Openbaar ministerie: mevr. Lenaers

Advocaten: mrs. Tielemans en Swennen

Intellectuele eigendom – Auteursrecht – Computerprogramma's – 1. Begrip – Beschermingsvoorwaarde – 2. Inbreuk – Strafrechtelijke sancties – Auteursrecht – Vereiste van bedrieglijk opzet – Begrip – Winstoogmerk

1. Het begrip «computerprogramma» in de zin van de softwarewet van 30 juni 1994 omvat alle programma's in gelijk welke vorm, evenals het desbetreffende voorbereidende (ontwerp)-materiaal.

Het is voldoende dat een programma, om auteursrechtelijk te worden beschermd, is gemaakt door een auteur en het resultaat is van de eigen persoonlijke intellectuele inspanning en als zodanig geen kopie is van een ander programma. Er moet niet

worden onderzocht of het programma de persoonlijke stempel van de auteur draagt.

2. Het vereiste van bedrieglijk opzet voor een strafrechtelijke betuiging van inbreuken op de Auteurswet blijkt uit het bestaan van een winstoogmerk, wat wil zeggen dat men de auteursrechten voor zichzelf wil innen. Onbelangrijk hierbij is of er ook daadwerkelijk winst wordt gemaakt.

N. t/ C.

A. Op strafgebied:

Beklaagde is de uitbater van het bulletin «Board Point Break» (BBS); tegen betaling van een bijdrage kunnen gebruikers informatie uitwisselen door naar gelang van het geval eigen documenten op een BBS te plaatsen (upload) of documenten die zich op de BBS bevinden, op de eigen computer te plaatsen (download).

Krachtens de wet van 30 juni 1994 houdende de omzetting in Belgische recht van de Europese richtlijn van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's worden de computerprogramma's auteursrechtelijk beschermd en gelijkgesteld met letterkundige werken in de zin van de Berner Conventie voor bescherming van werken van letterkunde en kunst.

Deze gelijkstelling is vooral belangrijk voor wat betreft de problematiek van de verhouding van de softwarewet ten opzichte van de auteurswet.

Het begrip «computerprogramma» omvat alle programma's in gelijk welke vorm, met inbegrip van programma's die in de apparatuur zijn ingebouwd. Hieruit kan worden afgeleid dat bescherming wordt geboden aan verschillende soorten computerprogramma's en dus bijvoorbeeld niet alleen aan die welke de werking van een computer regelen, maar ook de zogenaamde toepassingsprogramma's als tekstverwerkingsprogramma's, alsmede het desbetreffende voorbereidende (ontwerp)materiaal.

Art. 2, tweede lid, softwarewet bepaalt dat de geboden bescherming slechts wordt verleend aan de uitdrukkingwijze van een computerprogramma.

Een computerprogramma geniet bescherming indien het oorspronkelijk is, in die zin dat het een eigen intellectuele schepping is van de auteur.

Het is voldoende dat een programma, om te worden beschermd, is gemaakt door een auteur en het resultaat is van de eigen persoonlijke intellectuele inspanning van de auteur en als zodanig geen kopie is van een ander programma (H. Vanhees, «Het auteursrecht, de naburige rechten en bescherming van computerprogramma's», C.B.R., studieavond van 28 april 1997). *In casu* dient niet te worden onderzocht of het programma de persoonlijke stempel van de auteur draagt.

Krachtens art. 3 van de softwarewet wordt de werkgever geacht de verkrijger te zijn van de vermogensrechten, tenzij bij overeenkomst of statutair anders is bepaald.

Deze vermogensrechten omvatten onder meer de permanente of tijdelijke reproductie van een deel of het geheel van een computerprogramma, ongeacht op welke wijze of en in welke vorm (art. 5a) en het bewerken of veranderen van een programma en de reproductie van het resultaat ervan (art. 5, b).

Naar aanleiding van een huiszoeking bij beklagde, uitgevoerd op 27 augustus 1996, werden drie personal computers in beslag genomen en voor verder onderzoek ter beschikking gehouden van de gerechtelijke politie van Antwerpen.

Uit een navolgend proces-verbaal, opgesteld door Luc Swerts, officier van gerechtelijke politie te Antwerpen blijkt dat 1) als netwerksoftware elke computer dezelfde software bevat: Novell Personal Netware; beklagde gebruikte dus driemaal hetzelfde pakket; 2) op de PC3 er drie bestanden werden teruggevonden, waaruit blijkt dat het gaat om een programma om serienummers van Novell Netware te wijzigen én bestanden waarmee licenties voor kleine netwerken kunnen worden omgezet voor grote netwerken.

Beklaagde heeft aldus duidelijk de bepalingen van art. 5 geschonden.

Krachtens art. 10, eerste lid, softwarewet worden de inbreuken op het auteursrecht op een computerprogramma gestraft overeenkomstig de wet, dit is overeenkomstig de bepalingen van de auteurswet en het strafwetboek (zie *verslag De Clercq*, P. 22).

Reeds hierboven werd gesteld dat het materieel element aanwezig is.

Verder dient te worden onderzocht of het misdrijf werd gepleegd met kwaadwillig of bedrieglijk opzet.

Het bedrieglijk opzet blijkt uit het bestaan van een winst-oogmerk, wat wil zeggen dat men de auteursrechten voor zichzelf wil innen (Cass., 10 juni 1968, *Pas.*, 1968, I, 1155). Hierbij is het evenwel van geen belang of er ook daadwerkelijk winst wordt gemaakt.

Door het feit dat beklagde deze programma's ter beschikking stelde via zijn BBS, waardoor de gebruikers die op hun eigen computer konden plaatsen en ter compensatie een ander programma op de BBS plaatsen, heeft beklagde op die manier de auteursrechten voor zich gehouden.

Beklaagde is als uitbater verantwoordelijk voor de inhoud van zijn BBS en diende derhalve de software te controleren die door de gebruikers werd geplaatst.

De bewering dat een dergelijke informatie een dusdanig groot pakket vormde dat dagelijkse controle niet kon worden uitgevoerd, doet geen afbreuk aan zijn schuld: beklagde als uitbater van een BBS diende de nodige voorzorgen te nemen teneinde de nieuwe software te plaatsen in een voor andere gebruikers afgeschermd plaats; een handeling die voor beklagde technisch uitvoerbaar was, gezien zijn jarenlange ervaring op dit terrein.

Aangezien deze strafbare feiten op een eigen zeer specifieke manier worden omschreven en bestraft, dienen zij dan ook niet te worden beschouwd als «diefstal». Beklaagde wordt derhalve vrijgesproken voor deze betichting, waarvoor hij vrijwillig verscheen.

Wegens de ernst en de aard van deze feiten, wordt aan beklagde een geldboete opgelegd van 200,- fr.

Tevens wordt met toepassing van art. 11, § softwarewet de verbeurdverklaring uitgesproken van de inbeslaggenomen goederen.

B. Op burgerlijk gebied:

Deze rechtbank is wel degelijk bevoegd om kennis te nemen van de eis van de burgerlijke partij.

Art. 13 van de softwarewet regelt de bevoegdheid van de rechtbank in geval van een louter burgerlijke vordering: de bepalingen van art; 13, § 2, 1°, duiden onmiskenbaar naar het instellen van een burgerlijke procedure.

Krachtens art. 4 van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering kan de burgerlijke rechtsvordering terzelfder tijd en voor dezelfde rechters worden vervolgd als de strafvordering.

Nu de burgerlijke partij bewijst dat zij schade heeft ondervonden ten gevolge van het misdrijf, dat bewezen is verklaard, is deze rechtbank bevoegd om kennis te nemen van haar eis tot schadeloosstelling.

De eis van de burgerlijke partij is derhalve ontvankelijk en volledig gegrond voor een bedrag van 500.000,- fr.

...

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE TONGEREN

1e KAMER – 23 FEBRUARI 1999

Voorzitter: de h. Lysens

Rechters in handelszaken: de hh. De Brone en De Bruyn

Openbaar ministerie: mevr. Raskin

Advocaat: mr. Doukhopelnikoff

Faillissement – Verschoonbaarheid – Voorwaarden

De verschoonbaarheid kan worden verleend aan een gefailleerde die blijk heeft gegeven van voldoende bekwaamheid om handel te drijven en wiens commerciële mislukking mede te wijten is aan externe factoren.

Faillissement B.

Uit de stukken van het dossier, de uiteenzetting van de curator en de gefailleerde blijkt dat er redenen zijn om de gefailleerde verschoonbaar te verklaren. De rechter-commissaris geeft hieromtrent een negatief advies, terwijl het openbaar ministerie het verzoek overlaat aan de appreciatie van de rechtbank;

De curatoren slaagden er niet in enig actief te realiseren, omdat het handelsfonds van de onderneming reeds was gerealiseerd door een gerechtelijke verkoop vóór het openvalen van het faillissement. Het passief bedraagt bijna 10 miljoen frank. Hiervan wordt twee derde gevormd door de vordering van de hoofdbankier. Daarnaast zij er de gebruikelijke schuldeisers, zoals R.S.Z., B.T.W. en een sociale verzekeringskas voor zelfstandigen;

Uit de voorgeschiedenis zoals geschetst door zijn raadsman, blijkt dat de gefailleerde tussen 1982 en 1993 met succes handel heeft gedreven. Het grootste deel van de periode was hij uitbater van een horecazaak in het centrum van Hasselt. In 1993 nam hij een bestaande en befaamde horecazaak over te Sint-Truiden. De overnameprijs bedroeg tien miljoen frank en werd voor een belangrijk deel gefinancierd. De schuld aan de bank was op het ogenblik van de gedwongen realisatie van de handelszaak ongeveer even hoog als bij de overname. Tijdens de uitbating van de zaak doen zich twee problemen voor. Enerzijds pleegt de overgever contractbreuk, door in strijd met een niet-concurrentiebe-

ding toch een nieuwe zaak te openen. Noodgedwongen sluit de gefailleerde hieromtrent een minnelijk akkoord. Bovendien wordt de Grote Markt, waar de zaak gelegen is, heraangelegd. De werken slepen geruime tijd aan en hebben uiteindelijk tot gevolg dat de handelszaak niet meer op de normale inrijweg naar de markt toe ligt en moeilijk bereikbaar is. De gefailleerde heeft getracht de tijdelijke moeilijkheden te overbruggen door de inbreng van eigen middelen. De exploitatieverliezen bleven echter aanslepen, ook na de beëindiging van de werken, zodat geen redding meer mogelijk was. In dezelfde omgeving werden trouwens andere handelszaken om dezelfde reden gesloten. Op basis van deze elementen dringt de gefailleerde aan op zijn verschoonbaarheid;

De verschoonbaarheid kreeg in de wet van 8 augustus 1997 een nieuwe inhoud. Zij houdt in dat de schulden, die daten van vóór het faillissement worden kwijtgescholden, om de gefailleerde de kans te geven opnieuw aan het handelsverkeer deel te nemen.

De Faillissementswet maakt geen melding van de voorwaarden of criteria om de verschoonbaarheid toe te kennen. Wel wordt in de parlementaire voorbereiding verduidelijkt: «Als de gefailleerde het slachtoffer werd van omstandigheden onafhankelijk van zijn wil of waarborgen biedt voor de toekomst, moet hij zijn activiteiten kunnen hervatten. Verschoonbaarheid is dus een gunst die aan een handelspartner wordt gegeven in zoverre hij, volgens redelijke verwachtingen, een betrouwbare tegenpartij zal zijn wiens handels- of industriële activiteit het algemeen belang zal dienen. (Verslag Vandeurzen, I., *Parl.St.*, Kamer, 1995-96, nr. 631/13, 150).

De rechter heeft een grote feitelijke appreciatievrijheid, waarbij de belangen van de gefailleerde, zijn schuldeisers en het algemeen belang dienen afgewogen te worden;

In de persoon van de gefailleerde dient te worden vastgesteld dat hij bewezen heeft bekwaam te zijn een handel te drijven. Er is geen aanduiding van kwade trouw. Zijn commerciële mislukking is ongetwijfeld voor een gedeelte te wijten aan externe factoren. In de persoon van de gefailleerde zijn er dan ook elementen die verantwoordelijk om hem een nieuwe kans te geven in het handelsverkeer;

De voornaamste schuldeiser is de hoofdbankier, die is tussengekomen vanaf de overname van de handelszaak en deze meefinancierde. Hij nam een berekend risico en kon vertrouwen hebben in de persoon van de gefailleerde, gezien diens verleden. Ook hij kon de externe en eerder occasionele omstandigheden niet voorzien. De vordering van deze en ook de andere schuldeisers is zuiver gebonden aan de uitbating van de handelszaak te Sint-Truiden, waarvan de mislukking tot zijn faillissement leidde. Uitgaande van de overnameprijs en de gedwongen realisatie, die niet uitzonderlijk zijn voor een horecazaak, is het passief als «verantwoord» te beschouwen. Het grote verlies is bijna uitsluitend te wijten aan de waardevermindering van de handelszaak tussen de aankoop en de realisatie. Er zijn geen activa verdwenen en het passief is niet groter geworden in pogingen om het faillissement te vermijden;

In verband met het algemeen belang kan vastgesteld worden dat er geen onmiddellijk gevaar bestaat dat de gefailleerde bij het starten van een nieuwe handelsactiviteit opnieuw grote schulden zal veroorzaken of misbruik zal maken van de goede trouw van andere handelaars. In die zin

verzet het algemeen belang zich niet tegen de toekenning van de verschoonbaarheid.

Samenvattend kan worden gesteld dat *in casu* het faillissement mede werd veroorzaakt door externe omstandigheden, dat de gefailleerde blijk heeft gegeven van vakbekwaamheid en goede trouw, zodat noch het belang van de schuldeisers noch het algemeen belang zich verzetten tegen de verschoonbaarheid.

...

POLITIERECHTBANK TE ANTWERPEN

8e KAMER – 13 NOVEMBER 1997

Rechter: de h. Van Hoof

Advocaten: mrs. Bally en Debois

Verzekering – Motorrijtuig – 1. Overeenkomst – Totstandkoming – Aanvaarding van polisvoorwaarden door verzekeringsnemer – Bewijslast – 2. Regresrecht van verzekeraar – Contractuele grondslag

1. *In geval van betwisting dient de verzekeraar het bewijs te leveren van de aanvaarding van de polisvoorwaarden door de verzekeringsnemer.*

2. *Uit art. 88, eerste lid, van de wet op de Landverzekeringsovereenkomst en art. 16, tweede lid, van de W.A.M. Wet volgt dat de W.A.M.-verzekeraar enkel een regresrecht heeft indien hij zich dit recht uitdrukkelijk in de verzekeringsovereenkomst heeft voorbehouden. Dit regresrecht kan niet worden gegrond louter op basis van art. 24 en 25, 2°, van de modelovereenkomst (K.B. van 14 december 1992).*

R.V.S. t/ P.

...

De dronkenschap van tweede comparante staat vast en door het uitspreken van één enkele straf voor de feiten A, B, D en E heeft de politierechtbank bij vonnis van 18 oktober 1995 zeker en noodzakelijk beslist dat de dronkenschap in noodzakelijk oorzakelijk verband staat met de aanrijding.

Eerste comparante wenst op basis van de art. 24 en 25 van de algemene polisvoorwaarden (modelpolis 1992) van de W.A.M. verzekeringsovereenkomst (polisnummer 0955604) die tussen eerste en tweede comparanten werd gesloten en waarin dronkenschap als zware fout is opgesomd, ten laste van tweede comparante het regresrecht uit te oefenen tegen tweede comparante, als bepaald in art. 16, tweede lid, van de W.A.M.-wet en art. 88 van de wet op de landverzekeringsovereenkomst.

Tweede comparante voert echter aan dat 1) eerste comparante haar regresrecht niet kan uitoefenen aangezien zij dit niet in de polisvoorwaarden heeft bedongen; 2) subsidiair de intentie tot regres door de verzekeraar overeenkomstig art. 88, tweede lid, van de wet op de Landverzekeringsovereenkomst onmiddellijk na kennis van de feiten aan de verzekerde moet worden kenbaar gemaakt, op straffe van verbeurte van het regresrecht, wat *in casu* het geval is.

Als bewijs van het bestaan van een verzekeringsovereenkomst wordt door eerste comparante niet een door beide

partijen ondertekende verzekeringsovereenkomst voorgelegd. Wel worden bijzondere voorwaarden die betrekking hebben op een polis 0955604 en algemene voorwaarden van een verzekering «Motorrijtuigen» voorgelegd, maar de rechtbank stelt vast dat deze voorwaarden niet door tweede comparant werden ondertekend en evenmin blijkt uit enig stuk dat tweede comparante deze voorwaarden heeft aanvaard of goedgekeurd. Een akkoordverklaring van tweede comparante met de algemene en bijzondere polisvoorwaarden wordt niet vermoed; eerste comparante dient het bewijs te leveren van de aanvaarding van de polisvoorwaarden door tweede comparante (vgl. Antwerpen, 15 oktober 1985, *R.W.*, 1985-86, 2364).

Tweede comparante heeft wel op 17 juli 1991 een voorstel tot verzekering, zijnde een aanbod om een verzekeringsovereenkomst te sluiten met eerste comparante, bezorgd aan eerste comparante en deze laatste heeft het voorstel-aanbod aanvaard, wat blijkt uit het feit dat tweede comparante in het bezit werd gesteld van het verzekeringsbewijs (groene kaart). Door de aanvaarding van het voorstel-aanbod is met ingang van 18 juli 1991 een verzekeringsovereenkomst burgerlijke aansprakelijkheid m.b.t. het voertuig Toyota Starlet (bouwjaar '80) tussen partijen totstandgekomen.

Het enige schriftelijke bewijs van het bestaan van de verzekeringsovereenkomst is *in casu* het verzekeringsvoorstel van 17 juli 1991, waarin de nodige gegevens betreffende tweede comparante als verzekeringsnemer, het voorwerp en de aanvangsdatum van de verzekering en de waarborgen (= risico's) duidelijk zijn vermeld.

Het verzekeringsvoorstel bevat ook de vermelding «alleen een polis of een dekkingsbevestiging bepaalt hun wederzijdse verbintenissen», maar deze stukken worden niet voorgelegd en minstens is er geen bewijs dat tweede comparante haar handtekening onder deze stukken heeft geplaatst of de inhoud van deze stukken heeft aanvaard.

De vraag rijst dan welke de rechten en verplichtingen zijn die voor comparanten uit de tussen hen gesloten verzekeringsovereenkomst voortvloeien en meer bepaald of eerste comparante al dan niet over een regresrecht tegen tweede comparante beschikt.

Overeenkomsten verbinden niet alleen tot hetgeen daarin uitdrukkelijk is bepaald (*in casu* wat in het verzekeringsvoorstel staat), maar ook tot de gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of *de wet* aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend (art. 1135 B.W.).

Op de tussen comparanten gesloten verzekeringsovereenkomst «burgerlijke aansprakelijkheid motorvoertuigen» is onder meer volgende bijzondere wetgeving van toepassing: de Verzekeringwet (wet van 11 juni 1874), vormend Titel X W.Kh.; de wet van 25 juni 1992 op de Landverzekeringsovereenkomst; de wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorvoertuigen (= W.A.M.-wet);

Met betrekking tot het regresrecht van de verzekeraar bepaalt art. 88, eerste lid van de wet op de Landverzekeringsovereenkomst: «De verzekeraar *kan* zich, voor zover hij volgens de wet op de verzekeringsovereenkomst de prestaties had kunnen weigeren of verminderen, een recht van verhaal voorbehouden tegen de verzekeringsnemer en, indien daartoe grond bestaat tegen de verzekerde die niet de verzekeringsnemer is».

Art. 16, tweede lid, van de W.A.M.-wet bepaalt: «Een verzekeraar *kan* zich een recht van verhaal voorbehouden tegen de verzekeringsnemer en, indien daartoe grond bestaat, tegen een verzekerde die niet de verzekeringsnemer is, voor zover de verzekeraar volgens de wet of de verzekeringsovereenkomst gerechtigd mocht zijn de uitkering te weigeren of te verminderen.»

Uit beide bepalingen blijkt duidelijk dat de W.A.M.-verzekeraar enkel een regresrecht heeft indien hij uitdrukkelijk dit recht in de tussen hem en zijn verzekeringsnemer gesloten verzekeringsovereenkomst heeft voorbehouden, wat terzake niet het geval is.

Ten onrechte steunt eerste comparante haar regresrecht dan op de art. 24 en 25, 2^e, B van de Modelovereenkomst (K.B. van 14 december 1992 betreffende de modelovereenkomst voor de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorvoertuigen). De W.A.M.-verzekeringsovereenkomst die tussen verzekeraar en verzekeringsnemer wordt gesloten moet wel beantwoorden aan de bepalingen van de Modelovereenkomst, maar het is toegestaan ervan af te wijken ten gunste van de verzekeringnemer (zie art. 1 K.B. van 14 december 1992). Aangezien *in casu* geen door beide comparanten ondertekende W.A.M.-verzekeringsovereenkomst bestaat waarin het regresrecht werd bepaald in geval van grove schuld van de verzekeringsnemer, meer bepaald in geval van rijden in staat van dronkenschap, is het niet vermelden van dit regresrecht gebeurd «ten gunste van de verzekeringsnemer».

De vordering van de W.A.M.-verzekeraar tegen de verzekerde tot terugbetaling van de sommen die hij diende uit te keren aan de benadeelden van het ongeval, veroorzaakt door de zware fout van de verzekerde, *in casu* dronkenschap, berust op de contractuele verbintenissen van deze laatste (vgl. Cass., 25 april 1991, *R.W.*, 1991-92, 266), die *in casu* niet voorhanden zijn.

In die omstandigheden dient de rechtbank vast te stellen dat eerste comparante niet over een wettelijk en/of regresrecht wegens grove schuld van tweede comparante, namelijk dronkenschap, tegen tweede comparante beschikt.

De vraag of de regresvordering tijdig werd ingesteld, dient bij gebreke aan het bestaan van een regresrecht niet meer te worden beantwoord.

De regresvordering van eerste comparante tegen tweede comparante dient als gegrond te worden afgewezen.

NOOT – *Over het regresrecht van de verzekeraar (art. 88 Wet Landverzekeringsovereenkomst)*

1. De hierboven gepubliceerde uitspraak van de Politie-rechtbank te Antwerpen heeft betrekking op de vraag welke *voorwaarden* dienen vervuld te zijn alvorens de verzekeraar B.A.-motorrijtuigen *beschikt over een regresrecht* op zijn eigen verzekeringsnemer en/of verzekerde. De uitspraak sluit aan bij de bestaande rechtspraak en rechtsleer terzake. Hierbij zij verwezen naar het meest recente overzicht van rechtspraak hieromtrent (Cousy, H., Jocqué, G., Vanderspikken, A. en Van Schoubroeck, C., «Overzicht van rechtspraak: verzekering motorrijtuigen (1980-1997)», *T.P.R.*, 1998, (53), p. 187188, nr. 60.2 en 60.3).

De elders in dit nummer gepubliceerde uitspraak van de Politierechtbank te Turnhout betreft een chronologisch latere vraag, namelijk de *formaliteiten* die de verzekeraar dient

te vervullen, wil hij ook *daadwerkelijk gebruik kunnen maken* van het regresrecht waarover hij beschikt. Art. 88, tweede lid, Wet Landverzekeringsovereenkomst legt de verzekeraar op straffe van verval de uitdrukkelijke verplichting op om aan de verzekeringsnemer of de verzekerde kennis te geven van zijn voornemen om regres in te stellen, zodra hij op de hoogte is van de feiten waarop hij zijn besluit grondt. De politierechtbank gaat in op de vraag wie het bewijs moet leveren dat deze verplichting werd nageleefd.

Het hierboven vermelde overzicht van rechtspraak (*l.c.*, p. 189-190, nr. 60.5) schrijft terzake het volgende: «(...) Evenmin wordt in de wet de wijze van kennisgeving bepaald, zodat het bewijs ervan door alle middelen rechtens kan gebeuren. De verzekeraar draagt terzake de bewijslast (Merchiers, Y., «Enkele problemen bij contentieux inzake verzekeringen», in H. Braeckmans, M. Storme en E. Wymeersch (ed.), *Handels- Economisch en Financieel Recht: Postuniversitaire Cyclus W. Delva 1994-95*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 696). Een aangetekende brief komt aangewezen voor teneinde de datum van verzending te kunnen bewijzen (Fontaine, M. en Binon, J.-M., *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, nr. 28), hoewel een gewoon schrijven op zich lijkt te volstaan (Ponet, F., *o.c.*, nr. 1147). (...). De politierechter van Turnhout sluit zich hierbij aan.

3. Het dient evenwel te worden gezegd dat sommige rechtsleer terzake andere opvattingen huldigt: «Nous pensons que la disposition légale (art. 88, tweede lid) doit se comprendre en ce sens que l'obligation de notifier ne naît qu'au moment où l'assureur est en possession de tous les éléments d'informations qui lui sont raisonnablement nécessaires pour prendre sa décision: il suffirait donc à l'assuré qui invoque la déchéance de prouver que l'assureur n'a pas notifié cette décision alors que tous les éléments lui étaient connus et qu'il a eu un délai raisonnable pour se déterminer» (eigen cursivering) (Delvaux, P.H., «Les assurances de responsabilité. Questions spéciales», in M. Fontaine en J.M. Binon (ed.), *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Brussel, Bruylant, 1993, p. 232, nr. 28; sluiten zich hierbij aan: Ponet, F., Rubens, P. en Verhees, W., *De landverzekeringsovereenkomst*, Antwerpen, Kluwer, 1993, p. 387, nr. 1149; Brewaeyts, E., «De informatieplicht van de verzekeraar in geval van mogelijk regres», *Verkeersrecht*, 1997, 332333).

Brewaeyts, E., (*l.c.*, 333) verklaart deze bewijslast op de schouders van de verzekerde als volgt: «De verweerder draagt de bewijslast van rechtsverhinderende feiten (zie Storme, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, nr. 136). Wie beweert bevrijd te zijn van een verbintenis, moet het bewijs leveren van het feit dat het tenietgaan van zijn verbintenis heeft teweeggebracht (art. 1315 B.W.)».

4. Het is duidelijk dat deze onenigheid in rechtspraak en rechtsleer m.b.t. de bewijslast van de kennisgevingsplicht niet echt bevorderlijk is voor de rechtszekerheid. Om een aantal redenen evenwel lijkt de eerste stelling die de bewijslast op de verzekeraar legt, de voorkeur te verdienen.

Allereerst kunnen de gemeenrechtelijke regelen m.b.t. de subjectieve bewijslast, waarop de tegenstanders zich baseren, bij een andere lezing evengoed ten voordele van de eerste stelling worden gebruikt. Art. 870 Ger. W. en – geconcretiseerd voor het verbintenisrecht – art. 1315 B.W. bepalen onder meer dat degene die de uitvoering van een verbintenis vordert, het bestaan van deze verbintenis moet be-

wijzen. *In casu* betreft het een verzekeraar die meent dat zijn verzekerde *gehouden* is tot terugbetaling van wat hij aan de benadeelde (krachtens de wet) heeft moeten uitkeren, op grond van de *contractuele* bepalingen in de algemene polisvoorwaarden met betrekking tot het regresrecht.

De draagwijdte van deze contractuele verbintenis wordt niet enkel bepaald door wat hierover in de polis is bepaald, maar tevens door de toepasselijke wettelijke bepalingen (zie art. 1135 B.W.). Zo bepaalt art. 88, tweede lid, Wet Landverzekeringsovereenkomst dat de verzekeraar zijn regresrecht slechts kan uitoefenen, en correlatief de verzekerde dus contractueel slechts gehouden is tot een verplichting tot terugbetaling van wat aan de benadeelde werd uitgekeerd, indien tijdig kennis werd gegeven van dit voornemen om regres uit te oefenen. Indien dit niet tijdig is gebeurd, is er geen contractuele gehoudenheid van de verzekerde tot terugbetaling. Immers, bij gebreke van tijdige naleving van de formaliteit van de kennisgeving bepaalt art. 88, tweede lid, Wet Landverzekeringsovereenkomst uitdrukkelijk dat de verzekeraar vervallen is van zijn recht om een regresvordering in te stellen tegen de verzekeringsnemer of verzekerde.

In dat opzicht kan worden aangesloten bij de stelling in rechtspraak en rechtsleer dat het aan de verzekerde is om te bewijzen dat de verzekerde verbonden is tot terugbetaling, en bijgevolg dat hij hiertoe tijdig de wettelijke vereiste kennisgeving heeft gedaan.

5. Een omkering van de bewijslast zou de verzekerde daarboven verplichten tot het leveren van een negatief bewijs. De verplichting om te bewijzen dat de verzekeraar *geen* kennisgeving heeft gedaan, zou de verzekerde beladen met een onevenredig moeilijk bewijs, terwijl de verzekeraar op veel eenvoudiger wijze het positieve bewijs van kennisgeving kan leveren.

Het is juist dat het Hof van Cassatie in een aanverwante discussie inzake verzekeringen, namelijk de verdeling van de bewijslast tussen de verzekeraar en de verzekerde met betrekking tot de gerechtigheid van de verzekerde op vergoeding, dit argument van het negatief bewijs uitdrukkelijk terzijde heeft geschoven. Hoewel de uitsluitingen («les exclusions de garantie») op negatieve wijze het domein van de gebeurtenissen afbakenen waarvoor dekking wordt geboden, door te preciseren wat erbuiten valt, oordeelde het Hof dat het toch aan de verzekerde is om aan te tonen dat het schadegeval niet is uitgesloten van dekking (Cass., 5 januari 1995, *Arr. Cass.*, 1995, 19, *Pas.*, 1995, I, 19, *R.W.*, 1995-96, 29, *De Verz.*, 1996, 605, *J.L.M.B.*, 1996, 336; voor meer informatie en voor het onderscheid met het verval van de waarborg («les déchéances»), zie o.m. Fontaine, M., *Droit des assurances*, Brussel, Larquier, 1996, p. 164-182, nr. 285-318; De Rode, H., «Les clauses d'exclusions et de faute lourde», in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Brussel, Jeanne Barreau, 1996, 73-121; De Rode, H., «Les clauses d'exclusion des contrats d'assurance: charge de la preuve et validité», *De Verz.*, 1996, 575-595; De Rode, H., «La notion de déchéance et la faute intentionnelle», in Centrum Verzekeringswetenschap – Cris (ed.), in *Liber amicorum Hubert Claassens: Verzekering – theorie en praktijk*, Antwerpen, Maklu, 1998, 99-108).

Toch – en zonder stelling te nemen in de discussie of deze cassatierechtspraak nu al dan niet kan worden toegejuicht – zit de verzekerde, bij de vraag naar de bewijslast van de kennisgeving in art. 88, tweede lid, Wet Landverzekeringsover-

eenkomst, in een nog minder benijdenswaardige positie. Hij dient meer te doen dan «slechts» het negatief bewijs te leveren dat een bepaald *neutraal rechtsfeit of een eigen gedraging* zich niet hebben voorgedaan, zoals dat meestal het geval is als de verzekeraar zich beroept op een uitsluiting. Hier zou hij dienen te bewijzen dat *zijn tegenstrever* in het geschil de wettelijke versie rechtshandeling niet gesteld heeft.

Niet alleen is een dergelijk negatief bewijs m.b.t. het gedrag van de tegenstrever nog veel moeilijker te leveren; bovendien doet het afbreuk aan de loyauteit die tussen procespartijen (zou) moet(en) heersen bij de bewijslevering. Immers, het is voor de verzekeraar zelf veel eenvoudiger om te bewijzen dat hij zijn *eigen* verplichting wel is nagekomen. Bij het leveren van het positieve bewijs dat een bepaalde uitsluiting van de waarborg wel degelijk van toepassing is, zou zijn bewijslast *de facto* zwaarder zijn, omdat hij dan meestal moet bewijzen dat een *neutraal rechtsfeit* zich heeft voorgedaan of de *tegenpartij* een bepaalde gedraging heeft gesteld.

Om deze reden lijkt het verdedigbaar dat de bewijslast dat de verzekeraar wel degelijk kennis heeft gegeven van zijn intentie om regres in te stellen tegen de verzekerde, rust op de verzekeraar of minstens op een of andere wijze over beide partijen verdeeld wordt.

Geert Schoorens
Assistent K.U.-Leuven
Centrum Verzekeringswetenschap (CRIS)

POLITIERECHTBANK TE TURNHOUT

1e KAMER – 19 MEI 1998

Rechter: de h. Vanhoof

Advocaten: mrs. Willemse loco De Varez en Van den Eynde

Verzekering – Motorrijtuigen – Regresrecht van verzekeraar – Kennisgeving van voornemen aan verzekeringsnemer – Bewijslast

Krachtens art. 88, tweede lid, van de wet op de Landverzekeringsovereenkomst is de verzekeraar die een regresrecht tegen de verzekeringsnemer dan wel de verzekerde wil uitoefenen, op straffe van verval verplicht dit ter kennis te brengen van de betrokkene van zodra hij op de hoogte is van de feiten waarop dit voornemen is gegrond. Indien de verzekeringsnemer of de verzekerde betwist dat dit voorschrift werd nageleefd, dient de verzekeraar te bewijzen dat hij tijdig deze kennisgeving heeft gedaan.

N.V. M. en N. t/ Van U.

...

1. Art. 21 en 22, b), 2), van de algemene polisvoorwaarden verleent aan de verzekeraar een regresrecht op de verzekerde die een ongeval veroorzaakte in staat van dronkenschap.

De lezing van het strafdossier en het vonnis van 11 september 1997 tonen onbetwist aan dat verweerder in staat van

dronkenschap verkeerde en dat deze toestand mede het ongeval veroorzaakte.

2. Art. 88, tweede lid, van de wet van 25 juni 1992 op de landsverzekeringsovereenkomst bepaalt: «De verzekeraar is, op straffe van verval van zijn recht van verhaal, verplicht de verzekeringsnemer of, in voorkomend geval, de verzekerde die niet de verzekeringsnemer is, kennis te geven van zijn voornemen om verhaal in te stellen zodra hij op de hoogte is van de feiten waarop dat besluit gegrond is».

Het recht van de verzekeraar om regres uit te oefenen, is een contractueel recht, bedongen in de polis. De uitoefening ervan heeft de wetgever zeer duidelijk afhankelijk gesteld van de voorwaarde om het voornemen tijdig vooraf ter kennis te brengen van de verzekeringsnemer dan wel van de verzekerde en wel van zodra hij op de hoogte is van de feiten waarop het voornemen is gegrond. Verweerder betwist de vordering, precies omdat volgens hem geen kennisgeving gebeurde.

3. Voormeld artikel bepaalt niet op welke wijze de kennisgeving waarvan sprake moet worden gedaan. Om bewijsmoeilijkheden te voorkomen, wordt het raadzaam geacht om de kennisgeving te doen bij aangetekende brief, maar dit is niet noodzakelijk; een gewone brief kan volstaan (E. Brewaeyts, «De informatieplicht van de verzekeraar in geval van mogelijk regres», *Verkeersrecht*, 1997, 332, nrs. 5-6).

Eiseres beroept zich op de gewone brief die zij beweert op 7 november 1996 aan verweerder te hebben verstuurd met volgende inhoud: «De bestuurder verkeerde op het ogenblik van de aanrijding onder invloed. Wij zullen gebeurlijk regres uitoefenen voor onze uitgaven en dit volgens de voorwaarden van het modelcontract.»

Verweerder zegt deze brief nooit te hebben ontvangen, waarmee de vraag is gesteld wie terzake de bewijslast heeft. Verweerder gaat ervan uit dat eiseres dient te bewijzen dat de kennisgeving hem bereikte. Eiseres voert aan dat, omdat verweerder zich beroept op het verval van recht, hij moet bewijzen dat de verzekeraar hem niet op de hoogte bracht van zijn beslissing en dat hij de bewijslast draagt van de rechtsverhinderende feiten (eveneens onder verwijzing naar het vermelde artikel van E. Brewaeyts).

4. Zoals vermeld, is het regresrecht van contractuele aard en beslist de verzekeraar vrij of hij al dan niet regres zal uitoefenen. Wanneer hij beslist het wel te doen, dient hij het voorschrift van art. 88, tweede lid, van de wet van 25 juni 1992 na te leven. De uitoefening van zijn regresrecht is afhankelijk van de voorafgaande kennisgeving ervan aan de verzekerde. De verzekeraar dient dan ook te bewijzen dat hij de op straffe van verval voorgeschreven kennisgeving heeft gedaan, althans wanneer de verzekerde betwist dat dit voorschrift werd nageleefd.

Eiseres voegt bij haar dossier een dubbel van de brief van 7 november 1996, waarvan verweerder ontkent hem ontvangen te hebben. Verder brengt zij een dubbel voor van haar *aangetekende* brief van 9 oktober 1997, waarbij zij het bedrag van 280.667 frank terugvordert «op basis van art. 21 en 22, b), 2), van de Algemene Voorwaarden...». In deze brief wordt helemaal niet verwezen naar de voorgaande aanmaning van 7 november 1996. De aangetekende brief van 9 oktober 1997 wordt overigens niet aangewend als kennisgeving (hij zou overigens te laat zijn), enkel de gewone brief van 7 november 1996.

Omdat geen enkel ander bewijselement wordt overgelegd dan een dubbel (kopie of print) van de brief die eiseres zegt verstuurd te hebben op 7 november 1996, waarvan verweerder ontkent hem ontvangen te hebben, is de rechtbank de mening toegedaan dat *in casu* niet ten genoegen van recht wordt bewezen dat eiseres voldaan heeft aan het vereiste van voormeld art. 88, tweede lid, van de wet op de landverzekeringsovereenkomst.

Omdat verweerder zich op dit artikel beroept (dat van dwingend recht is), dient de rechtbank vast te stellen dat eiseres vervallen is van haar recht om verhaal uit te oefenen, zodat de vordering ongegrond is.

Er kan niet worden ingegaan op het aanbod van getuigenbewijs dat eiseres subsidiair doet. Het feit dat zij volgens haar op 6 november 1996 telefonisch op de hoogte werd gesteld dat verweerder het ongeval had veroorzaakt in staat van dronkenschap (wat niet vermeld was in de aangifte), doet *in casu* niet terzake, omdat het niet kan aantonen dat de brief van 7 november 1996 werd verstuurd voorts zou het feit van de verzending op zich enkel te bewijzen zijn door eigen personeel van eiseres.

...

NOOT – Zie elders in dit nummer *Pol. Antwerpen*, 13 november 1997, met noot G. Schoorens.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Arbitragehof, 24 juni 1998

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Nationaliteit – Naturalisatie – Beoordelingsvrijheid van de wetgevende macht

«Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij een op 7 november 1997 ter post aangetekende brief heeft A.A.H. beroep tot vernietiging ingesteld van de wet van 3 april 1997 die de naturalisaties verleent waarbij onder meer een schending van de artt. 10 en 11 van de Grondwet wordt aangevoerd doordat de wet de naturalisatie van de verzoekende partij weigert, maar wel toekent aan een reeks andere personen.

...

Op de volgende gronden verwerpt het Hof dit beroep:

«B.4. Door de bevoegdheid om de naturalisatie te verlenen niet over te laten aan een administratieve overheid, maar ze voor te behouden aan een wetgevende macht die uit verkozen vergaderingen bestaat, terwijl het uitzonderlijk is dat een louter individuele beslissing uitsluitend bij een dergelijke overheid berust, heeft de Grondwetgever willen aangeven dat hij de traditionele opvatting handhaafde volgens welke de verkrijging van de Belgische nationaliteit door naturalisatie geen recht is, maar voortvloeit uit de uitoefening van een soevereine beoordelingsbevoegdheid. Het is overigens in overeenstemming met die wil van de Grondwetgever dat het Wetboek van de Belgische nationaliteit voorschrijft dat bepaalde voorwaarden moeten zijn vervuld om de naturalisatie te kunnen vragen, maar niet volstaan om ze

te verkrijgen, terwijl hetzelfde Wetboek voorziet in verschillende wijzen van toegang tot de Belgische nationaliteit.

«De grieven die in het eerste middel en in het tweede middel zijn uiteengezet, kunnen niet worden toegeschreven aan de bestreden naturalisatiewet, maar hebben in werkelijkheid betrekking op het beginsel zelf van de soevereine bevoegdheid die door de Grondwetgever aan de wetgever is toegekend.

«Het Hof vermag de bestreden wet niet af te keuren zonder een door de Grondwetgever verankerde keuze in het gedrag te brengen.»

(Voorzitter: de h. Melchior – Rapporteurs: de hh. Cerehe en Boel – Advocaten: mrs. Lagasse, Renson en Van Dorpe – Arrest nr. 75/98 inzake A.A.H.).

Hof van Cassatie (1e Kamer), 19 januari 1996

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Dieren – Fout van derde die aanleiding gaf tot de gedraging van het dier

Op de volgende gronden verwerpt het Hof de voorziening tegen een arrest van het Hof van Beroep te Luik van 14 juni 1994:

«Overwegende dat art. 1385 B.W., hoewel het een wettelijk en niet-weerlegbaar vermoeden van schuld aan de door een dier veroorzaakte schade instelt ten laste van de eigenaar van dat dier of ten laste van degene die zich ervan bedient terwijl hij het in gebruik heeft, niet uitsluit dat die eigenaar of bewaarder van aansprakelijkheid wordt vrijgesteld bij gebrek aan oorzakelijk verband, met name waarmee een derde een fout heeft begaan die aanleiding gaf tot de gedraging van het dier en waardoor niet de gedraging, maar elke mogelijke fout van de eigenaar of bewaarder als oorzaak van de schade wordt uitgeschakeld;

«Overwegende dat het arrest vaststelt «dat vaststaat dat het trekpaard dat Jacques B. onder zijn bewaring had ten tijde van de feiten, ten gevolge van de ontploffing van een of meer voetzoekers tussen zijn poten, op hol is geslagen en zich dwars doorheen de menigte een weg had gebaand»;

«Dat het beslist «dat te dezen de fout van een derde die de voetzoekers heeft gegooid, de enige oorzaak is van de gedraging van het dier en van de schade waarvoor vergoeding wordt gevraagd; (...) dat hoe dan ook, gelet op de kracht die een trekpaard ontwikkelt wanneer het plots hevig schrikt en misschien pijn lijdt ten gevolge van een verwonding, de schade niet had kunnen worden voorkomen, zelfs niet als het dier steviger was vastgehouden; dat de rechter, benevens het vermoeden van art. 1385 B.W., dat vervalt als een vreemde oorzaak wordt aangenomen, geen enkele fout of schuldig verzuim in oorzakelijk verband met de schade in aanmerking kan nemen ten laste van Jacques B. om hem, al was het maar ten dele of *in solidum*, aansprakelijk te verklaren»;

«Overwegende dat bijgevolg het hof van beroep impliciet maar onmiskenbaar beslist dat de eerste verweerder de gedraging van het dier niet kon of moest voorzien;

«Dat het arrest de beslissing dat de eerste verweerder geenszins aansprakelijk is, regelmatig met redenen omkleedt en naar recht verantwoordt»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: mevr. Charlier – Openbaar ministerie: de h. Piret – Advocaat: mr. Draps – In de zaak: H. t/B., H. en M.).

NOOT – Vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie sinds Cass., 12 oktober 1984, *R.W.*, 1984-85, 2278.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 19 januari 1996

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Dieren – Begrip «bewaarder van het dier» – Meesterschap over het dier – Niet-ondergeschikte macht van leiding en toezicht – Overdracht door de eigenaar aan de bewaarder van dezelfde macht als de zijne

Op de volgende gronden verwerpt het Hof de voorziening tegen een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 22 november 1994:

«Overwegende dat art. 1385 B.W. impliceert dat de bewaarder van het dier op het ogenblik van het schadetoebren- gend feit het meesterschap over het dier had, wat inhoudt dat hij de niet-ondergeschikte macht had om, zonder inmen- ging van de eigenaar, het dier te leiden en toezicht erover uit te oefenen;

«Dat het meesterschap over het dier vereist dat de eigenaar aan de bewaarder dezelfde macht als de zijne om het dier te gebruiken, overdraagt en dat die voorwaarde door de rechter in feite wordt beoordeeld;

«Overwegende dat het arrest beslist «dat de rechter, om uit te maken wie op het ogenblik van de schade de bewaring van en de feitelijke macht over het dier had, niet hoeft na te gaan of de koop al dan niet was voltrokken; dat het immers te dezen duidelijk is dat zowel de verkoper als de koper zich hebben gedragen alsof de koop gesloten was en alsof voor- taan alleen de gebroeders A. gerechtigd waren om het dier te leiden en toezicht erover uit te oefenen; dat het voldoende is eraan te herinneren dat de koper het wenselijk had geoordeeld drie aangestelden te sturen om de koeien in ont- vangst te nemen en dat de koe waarvan hier sprake is, uit de stal was gehaald door de twee broers A., die haar hadden vastgebonden en daarna naar de weegschaal brachten; dat zij aldus voor rekening van hun opdrachtgever, de heer H., de bewaring hadden van het dier zonder inmenging van de verkoper; dat de omstandigheid dat de (tweede verweer- der) oogkleppen heeft geleend, niets afdoet aan de macht van de gebroeders A. om toezicht uit te oefenen op de door hen weggebrachte koe; dat hetzelfde geldt voor de hulp die de (tweede verweerder) hun heeft pogen te bieden door zijn tractor ter beschikking te stellen van de gebroeders A., op- dat zij de dolgeworden koe daaraan zouden vastmaken; dat de (tweede verweerder) zich op dat ogenblik niet gedroeg als meester over het dier, aangezien hij de verantwoorde- lijkheid om de koe in bedwang te houden op ieder ogenblik aan (eiser) overliet»;

«Dat het arrest aldus, na te hebben geoordeeld dat de ge- broeders A. de macht hadden om het dier te leiden, wettig heeft kunnen beslissen dat eiser «die de opdrachtgever is van de gebroeders A., te dezen als bewaarder van de koe aan- sprakelijk moet worden geacht vanaf het ogenblik waarop de koe uit de stal werd opgehaald tot ze werd geslacht».

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: mevr. Charlier – Openbaar ministerie: de h. Piret – Advocaten: mrs. Draps en Gérard – In de zaak: H. t/ D. en G.).

Kh. Hasselt (1e Kamer), 16 oktober 1996

Gewijsde (rechterlijk) – Brugerlijke zaken – Toepassings- voorwaarden – Afwijzing van op contractuele basis inge- stelde vordering – Instellen van op dezelfde feiten geba- seerde vordering op grond van vermogensverschuiving zon- der oorzaak – Vordering met dezelfde oorzaak

«Het gezag van het rechterlijk gewijsde verhindert dat een vordering opnieuw wordt ingesteld (art. 25 Ger.W.).

«Het gezag van het rechterlijk gewijsde strekt zich niet ver- der uit dan tot hetgeen het voorwerp van de beslissing heeft uitgemaakt. Vereist wordt dat de gevorderde zaak dezelfde is; dat de vordering op dezelfde oorzaak berust; dat de vor- dering tussen dezelfde partijen bestaat en door hen of te- gen hen in dezelfde hoedanigheid is gedaan (art. 23 Ger.W.).

«Terzake is het onbetwistbaar dat de gevorderde zaak (be- taling van 77.160,- fr.) dezelfde is als die van het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 21 februari 1991, en de vordering tussen de partijen werd ingesteld in dezelfde hoedanigheid.

«De vraag wat als oorzaak van een vordering moet wor- den beschouwd heeft aanleiding gegeven tot heel wat con- troverses (zie A. Fettweis, *Manuel de procédure Civile*, nrs. 55 tot 63).

«Terzake is de vraag of diegene die werd afgewezen op contractuele basis (de factuur is slechts een bewijsmiddel), dezelfde vordering kan instellen wegens dezelfde feiten op basis van verrijking zonder oorzaak. De rechtbank is van oor- deel dat zulks een vordering op dezelfde oorzaak is, omdat het hier over dezelfde feiten gaat, nl. betaling van levering van materialen. Alleszins is het feit dat de toe te passen rechtsnorm in beide zaken verschilt, geen hinderpaal voor het gezag van gewijsde (zie E. Krings en B. De Coninck, «Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden», *T.P.R.*, 1982, 673)».

(Voorzitter: de h. Vanhelfmont – Rechters in handelsza- ken: de hh. Mertens en Habraken – Advocaten: mrs. Van Branteghem loco Ghekiere en Odeurs – In de zaak: N.V. A.D. t/ R.).

Vred. Westerlo, 15 september 1995

Handelshuur – Duur – Onderhuur – Beperking tot de nog resterende looptijd van de hoofdhuur

«De feiten

«1. Brouwerij H. houdt staande dat haar rechtsvoorgan- ger, Brouwerij S. te Meer-Hoogstraten, van de echtgenoten V.-Van T. een handelspannd huurde, gelegen te..., thans Kerk- straat nr. 2. Het kwestieuze huurcontract liep ten einde op 31 augustus 1985, maar werd hernieuwd met ingang van 1 september 1985 tot en met 31 augustus 1994.

«2. Met een 'handelshuurovereenkomst' (...) 'verhuur- de' de Brouwerij S. het kwestieuze pand aan mevrouw K., voor een termijn een aanvang nemende op 1 februari 1987

en eindigend op 31 augustus 1994, klaarblijkelijk dus voor de nog overblijvende periode van de hoofdhuur Brouwerij S./V.-Van T.

»3. Op 30 december 1991 deelt Brouwerij H. aan mevrouw K. mede dat zij per 1 januari 1992 in alle rechten en verplichtingen treedt van de Brouwerij S.

«4. Brouwerij H. vraagt te gepasten tijde aan de echtgenoten V.-Van T. de huurhervorming aan en verkrijgt deze ook, nl. met ingang van 1 september 1994 en tot en met 31 augustus 2003.

«5. Op 4 november 1993 herinnert Brouwerij H. mevrouw K. – die tot dan toe zelf geen huurhervorming aanvroeg – eraan dat het huurcontract ten einde loopt op 31 augustus 1994, met verzoek dus tegen alsdan het pand te verlaten.

«6. Met een aangetekende brief verzonden op 14 juli 1994 deelt mevrouw K. aan Brouwerij H. mede dat zij wenst aanspraak te maken op de 'wettelijke minimumduur van negen jaar voor een handelshuur' (zijnde dus tot en met 31 januari 1996) en met aangetekende brief verzonden op 25 augustus 1994 aan Brouwerij H. doet zij een formele huurhervormingsaanvraag voor een negenjarige periode vanaf 1 februari 1996.

«7. Brouwerij H. reageert onmiddellijk op 26 augustus 1994, door te verwijzen naar haar voormelde brief van 4 november 1993. De Brouwerij had inmiddels – op 5 augustus 1994 – overigens reeds gedagvaard in uitdrijving per 1 september 1994.

«8. Mevrouw K. zet de procedure m.b.t. haar huurhervormingsaanvraag verder, nl. oproeping verzoening, P.-V. niet verzoening en inleiding van de procedure ten gronde.»

In het rechte

II. Ten gronde

«1. Gelet op de aanvraag tot huurhervorming van Brouwerij S. van 15 maart 1984 dient te worden aangenomen dat de bodemhandelshuurovereenkomst S./V.-Van T. ten einde liep op 31 augustus 1985 en de nieuwe negenjarige periode inging op 1 september 1985. Waarom anders een huurhervormingsaanvraag per 15 maart 1984 en 31 augustus 1994 als einddatum in de overeenkomst S./K.?

«2. De hoofdhuurder – Brouwerij – had op datum van het sluiten van de overeenkomst met K. derhalve slechts 'recht' tot 31 augustus 1994 en kon dus ook aan K. geen langere periode verlenen. Zulks had tot gevolg dat aan K. geen negenjarige periode kon worden verleend, maar slechts een periode van zeven jaar en zeven maanden.

«3. Voormelde feitensituatie is een perfecte toepassing van het bepaalde in art. 3, eerste en tweede lid, van de Handelshuurovereenkomst, waaruit blijkt dat de minimumduur van een handelshuurovereenkomst steeds negen jaren is en dat zulks ook geldt voor de onderhuur, 'die echter niet mag worden aangegaan voor langer dan de looptijd van de hoofdhuur' (tweede lid). Deze laatste bepaling is slechts de concretisering van het van oudsher bestaande en als zodanig door de hoogste rechtscollèges en de rechtsleer erkende algemeen rechtsbeginsel dat niemand meer rechten kan overdragen dan hij zélf heeft: 'Nemo plus juris in alium transferre protest quam ipse habet'. Meermaals heeft het Hof van Cassatie dit algemeen rechtsbeginsel bevestigd en herbevestigd.

«4. Er kan niet de minste twijfel over bestaan dat de handelshuurovereenkomst ingeval van onderhuur het voormelde algemeen rechtsbeginsel volledig en integraal van toepassing heeft willen laten. Ware dit niet zo geweest, dan had de handelshuurovereenkomst zulks uitdrukkelijk (moeten) bepaald (*quod non*), zoals bijvoorbeeld de pachtwetgever heeft gedaan. (...) De afwezigheid van een dergelijke bepaling in de Handelshuurovereenkomst betekent dat het vermelde rechtsbeginsel onverkort geldt en brengt *in casu* mede dat mevrouw K. *in casu* dergelijke negenjarige periode niet kan opeisen en zij slechts heeft 'voortgezet wat reeds bestond'. (Cfr. ook Pauwels, *Handelshuur*, in *A.P.R.*, blz. 55-56, nrs. 82 en 83 alsmede blz. 101-102, nr. 205).

...

«6. Al het voorgaande brengt Ons in voorliggend geval tot de conclusie dat de huurperiode van mevrouw K. wel dege-lijkt dient te worden beëindigd verklaard per 31 augustus 1994, dat haar huurhervormingsaanvraag van 25 augustus 1994 uiteraard ontijdig is en zij dus geen hervorming van de huur kan verkrijgen.»

(Recher: de h. Carens – Advocaten: mrs. De Clippel en Van Hirtum – In de zaak: N.V. Brouwerij H. t/ K.).

KANTTEKENING

RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, ADVIES NR. 9 VAN 22 FEBRUARI 1999 BETREFFENDE HET LEVENSBEEINDIGEND HANDELEN BIJ WILSONBEKWAMEN

Vraag om advies van 9 april 1996 van de heer R. Langendries, voorzitter van de Kamer; vraag om advies van 7 mei 1996 van de heer F. Swaelen, voorzitter van de Senaat

Teneinde een adviesontwerp over levensbeëindiging bij wilsonbekwamen op te stellen werd door het Raadgevend Comité in juli 1997 een beperkte commissie 97/4 opgericht. Deze commissie 97/4 ging ervan uit dat haar opdracht moest worden opgevat als de voortzetting van wat de beperkte commissie 96/3, in 1996-1997 had behandeld, namelijk «de problematiek van de wenselijkheid van een wettelijke regeling van levensbeëindiging op verzoek van ongeneeslijk zieke personen («euthanasie» en palliatieve zorgen), over de behandelingsbeschikking en het levenstestament en over de ethische, sociale en juridische aspecten daarvan, en meer bepaald over de voorstellen die momenteel terzake aanhangig zijn».

In de beperkte commissie 96/3 werd deze problematiek beperkt tot de wilsonbekwame personen die zelf om euthanasie vragen en tot de wenselijkheid van een wettelijke regeling van euthanasie. In de commissie 97/4 moet het probleem worden behandeld van het levensbeëindigend handelen bij wilsonbekwamen.

In de eerste periode heeft deze commissie een aantal discussieteksten besproken die werden opgesteld door de leden over de volgende vraag: «Acht U het opportuun dat de wetgever tussenkomt met betrekking tot levensbeëindiging bij wilsonbekwamen personen?». Die discussieteksten had-

den betrekking op volgende thema's: «Categorisatie van situaties die tussenkomsten van derden wettigen bij te nemen medische beslissingen bij het levenseinde», «Ethische uitgangspunten», «Levensbeëindigend handelen of laten sterven», enz. Vervolgens werden een aantal deskundigen gehoord, o.a. over de zogenaamde «voorafgaande wilsverklaring» (i.p.v. levenstestament), over de problematiek van levensbeëindiging in de dienst intensieve zorgen, over dezelfde problematiek bij pasgeborenen.

I. Probleemstelling

A. Medisch handelen bij het levenseinde

1. Wanneer voor de patiënt het levenseinde nadert, krijgt het medische handelen een totaal ander perspectief. De arts gaat zijn taak voortaan anders ervaren. Het perspectief op genezing is er immers niet meer, het curatieve doel van zijn handelen verdwijnt. Het omgaan met de patiënt is van dan af toegespitst op pijnbestrijding, symptoomcontrole, comfortzorgen, psychologische en levensbeschouwelijke begeleiding, en gaat gewoonlijk gepaard met een progressief afbouwen van de curatieve zorg. De aureool van de medische technologie verdwijnt. De arts wordt eraan herinnerd dat zijn dienst aan en zijn inzet voor het leven uitloopt op een onafwendbare confrontatie met lijden en sterven. Het medische handelen wordt vanaf dat ogenblik «begeleiding van het stervensproces».

Wel dient te worden aangestipt dat er onenigheid bestaat omtrent de omschrijving van de term «levenseinde». Allen begrijpen hieronder in elk geval: de laatste uren of dagen van een terminale fase van een fatale aandoening, of de laatste uren of dagen die volgen op een medische beslissing tot afbouwen of stopzetten van een zinloos geworden medische behandeling. Voor sommigen heeft het begrip «levenseinde» bovendien de betekenis van «uitzichtloze situatie», waarmee dan zelfs kan worden bedoeld: de enkele jaren dat een pasgeborene met een levensverkortende ongeneeslijke ziekte kan leven, de toestand van patiënten in persisterende vegetatieve staat (PVS), of de verscheidene jaren dat een demente persoon met goed bewaarde overige levensfunctie kan blijven leven.

2. Hoewel voor sommigen het *handelen* van de arts in deze context, medisch-technisch beschouwd, voortaan veel van zijn glans en prestige verliest, toch blijven vanuit ethisch standpunt de *beslissingen* die hij van nu af neemt, meestal belangrijk. Zij strekken ertoe het comfort van de terminaal zieke te waarborgen en een *waardig sterven* voor hem mogelijk te maken. Voortaan leidt de hele besluitvorming tot handelingen die weliswaar geen enkel genezend resultaat meer kunnen hebben, maar die *beslissend* kunnen zijn: vele van deze beslissingen kunnen immers hetzij een levensverlengende, hetzij een levensbekortende werking hebben.

3. Gezien de draagwijdte van de gevolgen, zijn dit voor de arts moeilijk te nemen beslissingen. Hoe kan hij zeker zijn van zijn oordeel? Hoe kan hij weten welke de beste oplossing is in het belang van de patiënt tegenover wie hij de macht in handen heeft het leven te verlengen of te verkorten? Hoe kan hij uitmaken dat de tijd is gekomen om een behandeling stop te zetten omdat de situatie uitzichtloos is geworden?

4. Bovendien hebben vele beslissingen in het raam van de «medische begeleiding van het sterven een belangrijke *symbolische* betekenis, zowel voor de arts als voor de patiënt. Het loskoppelen van apparatuur of het toedienen van een lytische cocktail die het sterven kan bespoedigen, zijn geen routinehandelingen; de symboliek daarvan ontgaat niemand. De interpretatie en de beleving van de symbolische betekenis van deze medische handelingen kunnen wel verschillen van persoon tot persoon.

5. Is er bij dit alles plaats voor *rationeel* denken, voor objectieve analyse? In het ethische oordeel dat gepaard gaat met deze beslissingen blijft ongetwijfeld op het vlak van de intenties het rationele onderscheid gelden tussen «een uitzichtloze situatie niet willen laten voortduren», «ondraaglijk lijden met alle middelen tot het uiterste willen bestrijden» en «levensbeëindiging *willen*». Maar vele artsen wijzen erop dat bij de intuïtieve perceptie van de handelingen waarbij deze intenties worden uitgevoerd, deze intenties of bedoelingen zeer dikwijls door elkaar vloeien en niet zo duidelijk kunnen worden onderscheiden als in de rationele analyse.

De verschillende wijzen waarop de symbolische betekenis van medische handelingen bij het levenseinde wordt geïnterpreteerd en beleefd, komen in het ethische denken ter sprake bij het debat over «levensbeëindigend handelen» of «laten sterven»:

Sommige leden van het Comité vinden dat er een verschil is op ethisch vlak tussen het staken of nalaten van een behandeling enerzijds en levensbeëindiging anderzijds. Weliswaar is het concrete resultaat in beide gevallen de dood van de patiënt. Maar in de eerste handelwijze weigert de arts op directe wijze te beschikken over het leven van de persoon, – *in casu* een ernstig zieke –, en laat het leven uitdoven. In de tweede handelwijze beslist hij rechtstreeks over deze persoon door op actieve wijzen zijn dood te bespoedigen.

Andere leden van het Comité vinden dit onderscheid minder evident. Er zijn volgens hen gevallen waarin het vooral op subjectieve gronden is gebaseerd, aangezien zowel in het ene geval als het andere (handelen of staken of nalaten van handelen) geval, het resultaat niet alleen hetzelfde is, maar ook de intentie, namelijk de dood te bespoedigen. In beide gevallen kunnen de artsen uitgaan van dezelfde zin voor medemenselijkheid, of zich baseren op dezelfde voorafgaande wilsverklaring.

Dit onderscheid is echter wel relevant – zelfs voor degenen die het principe ervan niet onderschrijven – in gevallen waarin bij een patiënt de geestelijke vermogens geleidelijk maar wel onomkeerbaar verzwakken, terwijl daarbij geen fysieke aftakeling optreedt, wat het zou mogelijk maken de dood te bespoedigen. Voor sommige leden van het Comité kan er in deze gevallen, ongeacht de richtlijnen die de patiënt daaromtrent vooraf zou hebben gegeven, geen sprake zijn van levensbeëindiging. Voor de voorstanders van deze opvatting kan men in deze gevallen enkel overwegen af te zien van verdere behandeling wanneer nog andere ziekteverschijnselen die fataal kunnen zijn, zich voordoen. Andere leden menen daarentegen dat het in geval van dementie ethisch betwistbaar is, zelfs onaanvaardbaar, een persoon in leven te houden die nochtans uitdrukkelijk om levensbeëindiging had gevraagd in geval van dementie.

6. Voor sommige leden van het Comité blijkt uit vorige overwegingen dat medisch handelen bij het levenseinde zeer dikwijls een gebrek aan transparantie vertoont, wat helaas aanleiding kan zijn voor misbruiken, onzorgvuldigheid en verkeerde beslissingen. daar het gaat om belangrijke morele waarden (leven, waardigheid, fysieke integriteit, autonomie), stelt de wetgever zich terecht de vraag of hij in deze aangelegenheid niet wetgevend moet tussenkomen, teneinde dit gebrek aan transparantie tegen te gaan.

7. Ten slotte wijzen sommige leden van het Comité erop dat vandaag bij degenen die instaan voor de zorg van de patiënten bij het levenseinde, de vorming nog steeds tekortschiet, meer bepaald inzake pijn – en symptoomcontrole, begeleiding van de zieken en hun familie en een ethische beoordelingswijze. Daarom vrezen zij dat het toelaten van euthanasie- of levensbeëindiging, al dan niet onder voorwaarden, enkel maar kan leiden tot inadequate en ondoordachte beslissingen. Volgens hen moeten vorming en omkadering van de zorgverleners een prioriteit zijn, zodat laatstgenoemden zo sereen mogelijk de nabije dood van een patiënt herkennen en aanvaarden, hem de behandelingen, zorgen en psychologische steun zouden verlenen waarop hij recht heeft en zich onthouden van elke handelwijze die het leven kan bekorten of verlengen.

Voor andere leden van het Comité is het belangrijk dat artsen en zorgverleners ertoe worden opgeleid open en onbevangen om te gaan met de wensen omtrent het levenseinde die vooraf door de patiënt schriftelijk werden geformuleerd en/of mondeling worden verwoord door de vertrouwenspersonen die vooraf door de patiënt waren aangeduid. Dan wordt het mogelijk dat zowel de beslissingen die ertoe strekken zich te onthouden van verdere behandeling als de beslissingen om tot levensbeëindiging over te gaan, op consensuele basis en in alle sereniteit kunnen worden genomen, en kan worden vermeden dat het ongepaste beslissingen lijken te zijn van een of ander lid van het verzorgend team.

B. Moet de overheid wetgevend tussenkomen met betrekking tot medisch handelen bij het levenseinde van wilsonbekwamen?

1. Het *algemeen belang* impliceert dat mensen op vreedzame wijze, veilig, in wederzijds vertrouwen en met eerbiediging van elkaars waardigheid en vrijheid (zelfrealisatie en zelfbepaling) kunnen samenleven, samenwerken en samen het beleid van de maatschappij voeren.

Wanneer blijkt dat er op een bepaald gebied van de menselijke activiteit (b.v. gezondheidszorg) reëel gevaar is voor onveiligheid, onvoorzichtigheid of onzorgvuldig gedrag, schending van rechten (van wilsonbekwame patiënten *in casu*), misbruiken, ondoorzichtige besluitvorming, enz..., dan komt het de Staat toe de passende wetgeving tot stand te brengen die ordening creëert binnen deze activiteit én tegelijk de vrijheden en rechten van de betrokkenen beschermt en bevordert.

Naast wetgeving impliceert het algemeen belang in dat verband dat de overheid de nodige financiële middelen verstrekt aan instellingen en voorzieningen binnen de gezondheidssector, alsook maatregelen neemt betreffende de vorming en opleiding van de zorgverleners.

Door telkens de meest gunstige «sociale ruimte» te creëren voor een bepaald menselijk handelen, draagt het recht

op een eigen specifieke wijze ertoe bij het waardevolle van een bepaald menselijk handelen te beschermen, te behartigen en te verwezenlijken.

2. Eigen waarden van het medische handelen

Als algemeen aanvaarde specifieke waarden van het medisch handelen kunnen worden vermeld: leven, fysieke integriteit, gezondheid (en dus genezing), kwaliteit van leven en welzijn (dus pijnbestrijding), comfort, autonomie (vrijheid) en waardigheid.

Hoe draagt het recht ertoe bij *deze waarden bij het levenseinde* te behartigen, te beschermen en te verwezenlijken?

- 1) Door *strafrechtelijke bescherming* van leven en fysieke integriteit.
- 2) Door bepaalde rechten van de patiënt te erkennen en te waarborgen:
 - a) *Sociale grondrechten* zoals het recht op «bescherming van gezondheid» en «geneeskundige bijstand» (art. 23 Grondwet), alsook, met betrekking tot medische bijstand bij het levenseinde «het recht van de patiënt op verzachting van zijn lijden overeenkomstig de thans geldende kennis», zoals «het recht op palliatieve verzorging en waardig sterven». (cfr. Verklaring Patiëntenrechten in Europa, Amsterdam 1994).
 - b) *Individuele grondrechten*, zoals het recht op *informed consent*, meer bepaald bij de belangrijkste Medische Beslissingen bij het Levenseinde (MBL) zoals «het staken of nalaten van een behandeling», «het toedienen van grote dosissen pijnstillende middelen», de beslissing om «het verzoek tot euthanasie in overweging te nemen».
- 3) Door de *rechtmatige belangen* die betrokkenen omtrent de hierboven vermelde waarden kunnen doen gelden, te beschermen en te behartigen, en de geschillen daaromtrent te beslechten.

3. De hierboven vermelde waarden, belangen en rechten, kunnen reeds in het gedrang komen tijdens het *proces van besluitvorming*, in het bijzonder wanneer het wilsonbekwame patiënten betreft. Daarom verdient de medische besluitvorming bij het levenseinde bijzondere aandacht van de wetgever.

C. Wilsonbekwame personen. Definities en classificaties

1° De wilsonbekwame personen de jure en de facto

Met wilsonbekwame personen worden in dit advies niet enkel de *juridisch* onbekwamen bedoeld (bv. minderjarigen, personen met het statuut van verlengde minderjarigheid), maar ook juridisch bewkame personen die *feitelijk* (door ziekte, ongeval, ouderdom, dementie) niet in staat zijn (of niet meer in staat zijn) hun wil te kennen te geven aangaande beslissingen die hun persoon betreffen (gezondheid, medische behandeling, lichamelijke integriteit, kwaliteit van leven, waardig sterven).

De begrippen «feitelijk wilsbekwame personen» en «juridisch bewkame personen» enerzijds, en «feitelijk wilsonbekwame personen» en «juridisch onbekwame personen» anderzijds dekken elkaar niet volledig. Juridisch onbekwame personen zijn niet altijd feitelijk wilsonbekwam: zo zijn b.v. minderjarigen die tot de jaren van verstand gekomen zijn,

dikwijls wel in staat hun wil te kennen te geven nopens beslissingen die hun persoon betreffen. Ethisch gezien lijkt het aangewezen daarmee rekening te houden. Hetzelfde kan worden gezegd van sommige mentaal gehandicapten met het statuut van verlengde minderjarigheid. Sommige juridisch bekwame personen daarentegen kunnen door allerlei omstandigheden feitelijk wilsonbekwaam worden. Daardoor ontstaat een ander probleem.

In deze problematiek blijft het overigens een moeilijke vraag of het voor de arts mogelijk is de feitelijke wilbekwaamheid van de patiënt te beoordelen. Wat is de graad van wilsonbekwaamheid van de patiënt? Is deze wilsonbekwaamheid al dan niet onomkeerbaar? De uiteindelijke verantwoordelijkheid voor deze evaluatie ligt in ieder geval bij de arts. Daar echter deze beoordeling noch zuiver medisch noch zuiver juridisch is, bestaat de vrees dat de bevindingen waartoe men komt, op een onrechtmatige wijze zouden worden aangewend. Sommige leden menen dan ook dat enkel een besluitvorming die collegiaal verloopt (op grond van de «open discussie» – ethiek) dit euvel kan voorkomen.

2° Voorafgaande wilsverklaring

In dit advies wordt de uitdrukking «voorafgaande wilsverklaring» gebruikt i.p.v. «levenstestament». Aan dit begrip kleeft immers enige dubbelzinnigheid en daarom gaat de voorkeur van het Comité dan ook naar de eerst vermelde uitdrukking. Met het oog op de ethische en de juridische benadering van levensbeëindiging bij wilsonbekwamen hechten sommigen veel belang aan de vraag of al dan niet een «voorafgaande wilsverklaring» werd opgesteld. Met een «voorafgaande wilsverklaring» wordt bedoeld een geschreven document.

3° De vertrouwenspersoon

Soms werd er geen voorafgaande wilsverklaring geschreven, maar wordt door de zieke, vooraleer hij wilsonbekwaam wordt, een vertrouwenspersoon aangeduid, die eventueel in zijn plaats moet optreden en zijn wil moet te kennen geven i.v.m. medisch te nemen beslissingen. Volgens sommige leden kan het, in uitzonderlijke omstandigheden, gerechtvaardigd zijn op aanvraag van de vertrouwenspersoon levensbeëindigend op te treden. Zij zijn immers van mening dat de uitdrukkelijke aanduiding van een vertrouwenspersoon impliceert dat de patiënt hem toevertrouwdde zich in zijn naam uit te drukken en zijn belangen te behartigen t.o.v. de arts, inclusief de vraag tot levensbeëindiging. Andere leden menen daarentegen te moeten beklemtonen dat het voor hen onaanvaardbaar is dat iemand een vertrouwenspersoon zou aanwijzen die zou bevoegd zijn tot levensbeëindiging te beslissen.

4° Classificaties

Allereerst dient te worden vermeld dat sommige leden van het Comité ernstige bezwaren hebben tegen de wijze van benadering waarbij men de wilsonbekwamen op welke manier dan ook gaat indelen. Want, zo betogen deze leden, met deze classificaties van onbekwamen, op grond van hun fysieke toestand of hun juridische staat, wil men deze personen in een juridisch statuut plaatsen waarin het onder bepaalde voor-

waarden is toegestaan ten aanzien van hen levensbeëindigend te handelen. Welnu, voor deze leden zijn dergelijke classificaties onaanvaardbaar, want volledig in strijd met de opvatting die zij hebben omtrent het onaantastbaar en onvervreemdbaar recht op leven van eenieder, welke zijn fysieke toestand of juridische staat ook mag zijn. Nog steeds volgens deze leden is de eigenlijke ethische vraag niet of de maatschappij mag overgaan tot levensbeëindiging van deze lijdende en kwetsbare wezens, maar veeleer hoe de maatschappij daadwerkelijke solidariteit betuigt tegenover deze personen.

Andere leden van het Comité menen daarentegen dat een «onvervreemdbaar recht op leven» zeker inhoudt dat men niemand tegen zijn wil van het leven mag beroven, maar niet noodzakelijk een plicht tot leven impliceert. Zij menen voorts dat ook vrijheid (zelfbeschikkingsrecht), het recht op het behoud van zijn waardigheid en het recht op het nastreven van geluk (en het vermijden van zinloos lijden), onvervreembare rechten zijn die in bepaalde omstandigheden tegenover dit «recht» op leven moeten worden afgewogen. Volgens laatstgenoemde leden is het dan ook relevant voor het debat dat o.m. een onderscheid wordt gemaakt tussen degenen die een voorafgaande wilsverklaring hebben opgesteld en degenen die dit niet deden. Onder laatstgenoemden zijn er die ertoe in staat waren maar het niet hebben gedaan, en anderen die nooit in staat zijn geweest een voorafgaande wilsverklaring op te stellen. Tot deze categorie behoren alle pasgeborenen en kleine kinderen bij wie medische beslissingen van welke aard dan ook moeten worden genomen, alsook zwaar mentaal gehandicapten. Ook van andere kinderen en adolescenten kan niet echt worden verwacht dat ze een wilsverklaring opstelden.

II. Ethische standpunten

A. De ethische rechtvaardiging van de handeling waarbij het leven van een patiënt die onbekwaam is zijn wil uit te drukken wordt beëindigd

Nopens het probleem van de ethische rechtvaardiging van levensbeëindigend handelen lijken de ingenomen standpunten onverzoenbaar met elkaar te zijn.

1. Onder degenen die het *rechtmatige karakter ervan ontkennen*, zijn er een aantal die wijzen op de onaantastbare waarde van het leven. Volgens hen is het reeds onrechtmatig het leven te beëindigen van een ongeneeslijke zieke die zelf *hic et nunc* verzoekt om een dergelijke daad van doeding. De onrechtmatigheid wordt dubbel zo groot als deze handeling wordt uitgevoerd bij een patiënt die niet in staat is zijn actuele wil te kennen te geven. Voor anderen evenwel is het de onmogelijkheid bij de patiënt om zijn wil te kennen te geven, dus zijn zeer grote kwetsbaarheid en zijn volledige afhankelijkheid, die de arts gebieden zich van elke daad te onthouden die ertoe strekt het leven opzettelijk te beëindigen. De situatie waarin een bewusteloze zieke, een zwakzinnige of een kind zich bevindt, roept de arts op – en met hem de gehele samenleving – tot een grotere solidariteit en aandacht, opdat hun waardigheid van menselijke persoon tot het einde toe wordt gevrijwaard. Bij een zieke voor wie het levenseinde nadert en die niet in staat is zijn wil te doen kennen, moet de arts alle middelen aanwenden om hem de best mogelijke kwaliteit van leven te verzekeren en

erop letten noch de grens van de therapeutische verbetering te overschrijden noch deze van de levensbeëindiging.

2. Zij die levensbeëindiging van een ongeneeslijke zieke die onbekwaam is zijn wil te doen kennen, *in sommige gevallen als rechtmatig beschouwen*, doen in de eerste plaats gelden dat de afwezigheid van een actuele wilsverklaring van de zieke in de meerderheid van de gevallen, kan worden opgevangen door een voordien opgestelde «wilsverklaring van de patiënt» en/of door de aanwijzing van een vertrouwenspersoon die gemachtigd is om de aangelegenheid met de arts te bespreken. Zij vinden zelfs dat, bij hoge uitzondering, in bepaalde gevallen wanneer geen enkele wilsuiting voorhanden is, de levensbeëindiging toch gerechtvaardigd kan zijn, wanneer het stilleggen van de behandeling niet voldoende is om aan een onmenselijke situatie te ontkomen. Het beginsel van medelijden vraagt dan dat de arts de intense pijn van de zieke verzacht en/of hem het perspectief van een voor hem pijnlijk en zinloos bestaan voorkomt, alsook zijn familie een dramatische situatie bespaart. Volgens dezelfde leden kunnen hier twee types van situaties worden onderscheiden.

Bij personen die in staat geweest zijn een voorafgaande wilsverklaring op te stellen of een vertrouwenspersoon aan te duiden, maar het niet gedaan hebben, is de levensbeëindiging in algemene regel niet toelaatbaar, behalve in zeer uitzonderlijke gevallen die als noodtoestand kunnen worden beschouwd. Men kan immers van de hypothese uitgaan dat degenen die geen vertrouwenspersoon hebben aangesteld of geen voorafgaande wilsuiting hebben vastgelegd betreffende een levensbeëindiging (hoewel ze dit konden), niet wensen dat voortijdig een einde aan hun leven wordt gemaakt.

Bij pasgeborenen daarentegen, met een zware mentale en/of fysieke handicap, lijkt het uitzonderlijk wel mogelijk, op uitdrukkelijke vraag van de ouders en in overleg met het verzorgingsteam, levensbeëindigend op te treden om een pijnlijk of zinloos bestaan te voorkomen. Een analoge interventie kan ethisch gerechtvaardigd zijn wanneer het kinderen of zwaar mentaal gehandicapten betreft die plots, wegens een ernstige ziekte of een ongeval in een uitzichtloze situatie terecht komen.

3. Onder de leden van het Comité die *de legitimiteit erkennen* van de daad die een einde maakt aan het leven van de patiënt overeenkomstig zijn voorafgaande wilsverklaring, is er geen overeenstemming over de eerste noodzakelijke voorwaarde van deze legitimiteit.

Voor de enen houdt deze legitimering in dat de terminale fase is begonnen, dat voor de patiënt het levenseinde nabij is. Volgens deze opvatting heeft het begrip «levenseinde», waarmee de eerste noodzakelijke voorwaarde wordt uitgedrukt, een meer objectieve betekenis: het onderstelt dat het stervensproces werkelijk is begonnen, dat de patiënt stervende is.

Volgens anderen wordt als eerste noodzakelijke voorwaarde vereist: een «uitzichtloze situatie». Dit impliceert niet noodzakelijk dat de patiënt daadwerkelijk terminaal is. Voor de voorstanders van deze opvatting heeft het begrip «levenseinde» een meer subjectieve betekenis: een ongeneeslijke ziekte of dementie kunnen door bepaalde personen als «uitzichtloos» worden ervaren.¹

Op ethisch vlak werden nog twee andere vragen besproken.

1. Uit de gedachtenwisseling bleek dat de arts door zijn ingesteldheid en zijn handelen ten aanzien van hen die door ziekte of handicap kwetsbaar zijn, bijdraagt tot de maatschappelijke beeldvorming over menselijke waardigheid. Deze verantwoordelijkheid is nog belangrijker als het gaat over zieken op het einde van hun leven. *Er is dan ook eensgezindheid om elke daad en houding te veroordelen die zou kunnen worden begrepen als een vorm van discriminatie tegenover de meest kwetsbaren.* Maar wat men onder «discriminatie» verstaat, wordt op verschillende wijzen begrepen. Voor sommige leden van het Comité moet deze verantwoordelijkheid van de arts beperkt blijven tot de medische beslissingen, in die zin dat de arts niet oordeelt over de waarde van het leven van anderen. Bij het einde van het leven van wilsonbekwamen moet de arts dan ook zijn tussenkomst beperken tot het vermijden van therapeutische verbetering en het verlenen van comfortzorgen. Voor anderen houdt deze verantwoordelijkheid daarentegen in dat de arts, wanneer de patiënt zich in een uitzichtloze situatie bevindt, zich afvraagt – rekening houdende met een voorafgaande wilsverklaring en/of de aanwijzing van een vertrouwenspersoon – of het niet wenselijk is tot levensbeëindiging over te gaan, wat dan als een diep ethisch gebaar van medelijden en solidariteit, alsook van eerbied van de menselijke waardigheid moet worden beschouwd.

2. *Voorts is er unanimitie om elke vorm van medische verbetering en/of medisch zinloze behandeling te veroordelen. Het standpunt om een zieke (ook al is hij wilsonbekwaam), die zich in een uitzichtloze toestand bevindt, te «laten sterven» krijgt eveneens in de meeste gevallen een ruime consensus.* Maar het «laten leven» kan op verschillende wijze worden begrepen. De voorstanders van levensbeëindiging stellen daarbij dan de vraag of er in de praktijk wel een echt verschil bestaat tussen het afbouwen van therapieën en levensbeëindigend handelen. Volgens hen houdt laatstgenoemd handelen zelfs meer menselijkheid in dan het andere. De tegenstanders werpen op dat levensbeëindiging des te meer onrechtmatig (en zelfs nutteloos) is, daar de gangbare medische ethiek de mogelijkheid om te «laten sterven» aanvaardt; zij wijzen erop dat heel wat procedures en richtlijnen bestaan op grond waarvan de arts, in extreme gevallen, op een doeltreffende wijze kan handelen, zonder daarom tot levensbeëindiging te moeten overgaan.

B. Onderzoek van verschillende situaties

Onder de wilsonbekwame zieken moet men drie typegevallen onderscheiden: 1° de gevallen waarbij de onbekwame patiënt zijn wil heeft doen kennen, bv. door het opstellen van een wilsverklaring *ad hoc*, en/of door het aanwijzen van een vertrouwenspersoon; 2° de gevallen waarin men zich niet kan baseren op een wilsverklaring en/of op een vertrouwenspersoon van de patiënt, omdat hij er geen opstelde of geen aanwees toen hij dit kon doen; 3° de zieken die nooit in staat waren hun wil te doen kennen, zoals pasgeborenen, jonge kinderen en zwaar mentaal gehandicapten.

¹ Cfr. *supra*, I, A, 1.: de niet-éénduidige definitie van het levenseinde.

1° Situatie van de wilsonbekwame patiënt die zijn wil uitdrukt in een voorafgaande wilsverklaring

Wij herinneren eraan dat met «*voorafgaande wilsverklaring*» wordt bedoeld een geschreven document waarin een persoon, voorafgaand aan zijn eventuele wilsonbekwaamheid, bepaalde instructies geeft aangaande de medische beslissingen die hij al dan niet wenselijk acht, alsook eventueel een vertrouwenspersoon (al dan niet arts) aanduidt die de behandelende arts moet raadplegen bij het nemen van medische beslissingen bij het levenseinde van de intussen wilsonbekwaam geworden persoon.

Over het principe en de modaliteiten van een dergelijke wilsverklaring lopen de meningen uiteen.

1) Volgens sommige leden van het Comité is een wilsverklaring *ethisch gezien*, in beginsel *niet opportuun*, want ofwel wordt er van de arts gevraagd tot levensbeëindiging over te gaan, en dat komt in hun ogen neer op een schending van het verbod te doden, ofwel wil men met een wilsverklaring therapeutische verbetering voorkomen, een handelwijze die hoe dan ook door de codes van medische plichtenleer verboden is. Zij voeren bovendien aan dat op het moment van de formulering van de wilsverklaring, de situatie waarop de beslissing al dan niet de medische behandeling voor te zetten betrekking heeft, eigenlijk niet actueel is.

Een wilsverklaring op deze wijze, louter imaginair, opgesteld door een persoon in goede gezondheid, kan niet van toepassing zijn in omstandigheden waarin deze persoon omzeggens niet «meer zichzelf is»

Vervolgens kan de relatie arts-patiënt die via een dergelijke verklaring totstandkomt, niet méér zijn dan een «relatie op papier», een louter administratief document dat in de plaats komt van de concrete en levende relatie, en dat de arts tegenover zijn patiënt bindt, ook al is deze op dat moment niet in staat zijn wil kenbaar te maken.

2) Volgens anderen echter is «de voorafgaande wilsverklaring» toch een waardevolle grondslag voor de beslissing die de arts moet nemen, ook al kan men aan dit document nooit het gewicht toekennen dat aan een verzoek op het ogenblik zelf toekomt. Zij verwerpen het argument dat de wilsuitdrukking niet actueel is. De onbekwame is dezelfde persoon als degene die bekwaam was, en zijn wil kan niet gewijzigd zijn, daar deze precies bij onbekwaamheid niet meer bestaat. De voorafgaande wilsverklaring werd opgesteld om dit op te vangen. Zij zijn trouwens van oordeel dat een dergelijke wilsverklaring de patiënt de mogelijkheid biedt zijn zienswijze te laten kennen betreffende therapeutische verbetering, reanimatie, mensonwaardige situatie, buitengewone behandelingen, enz. Op die wijze bezorgt hij de arts belangrijke aanwijzingen omtrent de beslissing die laatstgenoemde zal moeten nemen. Volgens haar voorstanders moet de wilsverklaring van de patiënt derhalve wettelijk en deontologisch in aanmerking worden genomen bij de besluitvorming van de arts.

Overigens is er in grote mate overeenstemming over volgende punten:

1. Een dergelijke wilsverklaring, zo deze wettelijk wordt erkend, moet zoveel mogelijk gepaard gaan met de *aanwijzing van een «vertrouwenspersoon»* die gemachtigd is om met de arts de beslissende therapeutische keuzen te bespreken waarover het in dit advies gaat. Een dergelijke bemiddelaar zou a) voor een aanvulling kunnen zorgen van de wilsver-

klaring; men kan immers niet verwachten dat deze uitsluitend biedt voor alle situaties waarin de patiënt kan terechtkomen, b) bovendien kan de vertrouwenspersoon de dialoog tussen arts en patiënt voortzetten op een wijze die weliswaar onvolkomen is, maar toch als reëel kan worden beschouwd.

2. Een dergelijke wilsverklaring heeft voor de arts bij wie finaal de beslissing berust, geen juridisch dwingende kracht. Zij is derhalve een informatie waarmee de arts moet rekening houden en die hij moet opnemen in een *brede besluitvorming waarbij* de eventueel aangewezen vertrouwenspersoon een essentiële rol speelt.

Bij hen die een maatschappelijke en wettelijke erkenning van de wilsverklaring bepleiten, dienen nog *twee verschilpunten* te worden aangestipt.

Een *eerste verschilpunt* betreft de aard van het besluitvormingsproces waarin de wilsverklaring aan bod komt.

Men zal zich herinneren dat in het eerste advies van het Comité (inzake euthanasie), om te beslissen over het verzoek van de patiënt, de voorstellen 1 en 2 het «*colloque singulier*» en een *a posteriori*-procedure voorstonden, terwijl voor het voorstel 3 een ruimer overleg daaromtrent nodig was volgens een *a priori*-procedure. Welnu, in het huidige advies zal men *mutatis mutandis* hetzelfde onderscheid aantreffen, maar nu niet omtrent de actuele wil van de patiënt (geval van euthanasie), maar omtrent de wil van de onbekwame patiënt uitgedrukt in een wilsverklaring (geval van de actieve levensbeëindiging). Zo is voor sommigen de voorafgaande wilsverklaring een integrerend bestanddeel van de «*colloque singulier*» tussen de arts en de eventuele vertrouwenspersoon, en beantwoordt ze als zodanig aan de ethische vereisten, zoals, bepaald in de procedure *a posteriori* van de voorstellen 1 en 2 van het eerste advies. Onder de voorstanders van het voorstel 3, Eerste Advies, wensen sommigen de voorafgaande wilsverklaring te integreren in de beraadslaging die, met het oog op het nemen van een beslissing, met de nabestaanden en het verzorgend team moet plaatshebben. Anderen menen dat, in plaats van zich in het beslissingsproces te baseren op de voorafgaande wilsverklaring, de arts zich veeleer moet inspannen, in ethisch overleg met naastbestaanden en verzorgend team, om de patiënt zo waardig mogelijk te laten sterven, zonder de grens te overschrijden zowel van therapeutische verbetering als van levensbeëindigend handelen.

Het *tweede verschilpunt* is de tegenstelling tussen de standpunten 1 en 2 en het standpunt 3 van het Eerste Advies. Voor sommige voorstanders van het voorstel 3 van hetzelfde advies moet de wilsverklaring beperkt blijven tot het formuleren van de wens dat een behandeling zou worden stopgezet of niet aangevat; zodoende wordt elke daad van intentionele levensbeëindiging uitgesloten. Voor de voorstanders van het Voorstel 2 (Eerste Advies) moet de wilsverklaring daarentegen de mogelijkheid inhouden voor de patiënt om levensbeëindiging te vragen en bijgevolg ook te verkrijgen.

2° Situatie van de wilsonbekwame geworden patiënt die vooraf zijn wil niet heeft uitgedrukt noch in een voorafgaande wilsverklaring noch door aanduiding van een vertrouwenspersoon

Voor sommige leden van het Comité is het ethisch zonder meer onaanvaardbaar opzettelijk het leven te beëindigen van personen die daar niet om verzochten of die niet in

staat zijn hun wil kenbaar te maken. Het enige ethische criterium dat de arts tot leidraad moet dienen, is dan de best mogelijke levenskwaliteit van de patiënt; dit criterium vloeit zelf voort uit het beginsel van de onvoorwaardelijke eerbied voor het leven.

Wel dient te worden opgemerkt dat de argumentatie tegen de levensbeëindiging op tweeërlei wijze moet worden begrepen, ook al komt daarbij eenzelfde gevoeligheid voor andermans pijn en eenzelfde bekommernis om de naaste tot uiting. Voor degenen die zich in het voorstel 4 van het Eerste Advies herkennen, is de handeling die een einde maakt aan het leven van een patiënt altijd wederrechtelijk, ongeacht of deze al dan niet zijn wil uitdrukte. Voor de voorstanders van voorstel 3 van het Eerste Advies is het daarentegen de afwezigheid van een geformuleerde wil, dus de afwezigheid van elke mogelijke ethische dialoog, die de handeling ethisch en juridisch onrechtmatig maakt. Sommigen onder hen menen dat de belangen van de onbekwamen, ook al vallen zij niet onder de situatie van «de procedure van euthanasie», toch moeten worden beschermd door procedures betreffende «Medische Beslissingen bij het Levensende».

Voor de voorstanders van de voorstellen 1 en 2, Eerste Advies, is levensbeëindiging van een persoon wel ethisch aanvaardbaar wanneer deze persoon een wilsverklaring in die zin opstelde, of wanneer levensbeëindiging wordt gevraagd door een vertrouwenspersoon. Heeft de patiënt geen wilsverklaring opgesteld en/of geen vertrouwenspersoon aangeduid, terwijl hij daar vroeger de mogelijkheid toe had, dan is levensbeëindiging niet te rechtvaardigen. In uitzonderlijke omstandigheden kan echter, wanneer de arts oordeelt dat uit medelijden en/of solidariteit levensbeëindiging wenselijk is, na overleg met de familie en het verzorgingsteam, levensbeëindigend worden opgetreden.

3° *Situatie van wilsonbekwamen die nooit in staat waren een wilsverklaring op te stellen*

Voor sommige leden van het Comité kan in het geval van een uitzichtloze medische situatie bij pasgeborenen, (jonge) kinderen en zwaar mentaal gehandicapten, wanneer zich een bijkomende medische aandoening of een zwaar ongeval voordoet die het pijnlijke karakter van het leven van de betrokkene zwaar belast, op uitdrukkelijke vraag van de ouders of van de voogd, en na samenspraak met het verzorgingsteam, beslist worden zich te onthouden van elke bijkomende therapie en zelfs levensbeëindigend worden opgetreden. Volgens hen is het ethisch verantwoord aan de ouders en/of voogd het recht toe te kennen in naam van hun zwaar gehandicapte baby of van hun zinloos lijdend kind om de beëindiging van een mensonwaardig leven te vragen.

III. Antwoord op de vraag van de wetgever

De besprekingen over de vraag: «*is het opportuun inzake actieve levensbeëindiging van onbekwame personen tot regelgeving over te gaan?*» hebben geleid tot drie voorstellen.

Voorstel 1. Wettelijke erkenning van levensbeëindiging (onderschreven door de voorstanders van de voorstellen 1 en 2 van het Eerste Advies).

In een democratische en pluralistische maatschappij mag de Staat geen enkele opvatting over leven en dood bevoorstellen ten koste van andere opvattingen die op moreel vlak even waardevol zijn. Daar vele burgers het ethisch niet verantwoord achten in leven te worden gehouden onder psychische en fysieke voorwaarden die niet beantwoorden aan wat voor hen levenswaardig bestaan is, menen bepaalde leden van het Comité dat er door de Staat een wettelijk kader moet worden gecreëerd dat het mogelijk maakt in alle openheid tot levensbeëindiging te beslissen en er eventueel toe over te gaan.

Twee verschillende situaties moeten duidelijk uit elkaar worden gehouden.

Er is enerzijds de situatie waarbij de arts ofwel in het bezit is van een voorafgaande wilsverklaring van de patiënt, ofwel de opinie van de door de patiënt aangeduide vertrouwenspersoon vernam, of nog – in het geval er geen wilsverklaring is noch vertrouwenspersoon – op de hoogte werd gebracht van de wensen die de wettelijke vertegenwoordigers van de patiënt hebben te kennen gegeven.

Er is anderzijds de situatie waarbij de arts is genoodzaakt levensbeëindiging te overwegen zonder dat er een wilsverklaring van de patiënt of van zijn wettelijke vertegenwoordigers voorhanden is en het niet mogelijk is een vertrouwenspersoon te raadplegen.

In al deze hypothesen dient de arts, bij het beoordelen van de *situatie* van de patiënt, ruim overleg te plegen, niet alleen met de vertrouwenspersoon of de wettelijke vertegenwoordigers, maar ook met de naastbestaanden en het verzorgend team. Voor een huisarts die, buiten de kliniek wordt geconfronteerd met een situatie waarbij levensbeëindiging kan worden overwogen, zal het soms onmogelijk zijn het hierboven beschreven overleg te plegen. Hij zal dan toch minstens met twee andere artsen daarover beraadslagen. De verantwoordelijkheid voor de *beslissing* die op het einde van dit overleg wordt genomen, ligt in ieder geval bij de arts en niet bij de naastbestaanden of het verzorgend team.

Wanneer een patiënt die zich nu in een uitzichtloze situatie bevindt, ² geen voorafgaande wilsverklaring heeft opgesteld en geen vertrouwenspersoon heeft aangewezen – ofschon hij dit had kunnen doen –, kan levensbeëindiging, weliswaar uitzonderlijk, zowel medisch als ethisch verantwoord zijn, wanneer door het staken of het nalaten van verdere zorgen, er toch geen einde komt aan de onmenselijke toestand waarin de patiënt is terechtgekomen. Wegens de mogelijke misbruiken en ontsporingen is het echter niet wenselijk dat dergelijke handelwijze wettelijke erkenning zou krijgen. Levensbeëindiging zal in dit geval moeten worden gerechtvaardigd op grond van «noodtoestand».

Heeft de patiënt echter in een uitzichtloze situatie die niet meer in staat is zijn wil om te sterven te kennen te geven, een voorafgaande verklaring in deze zin opgesteld en/of een vertrouwenspersoon aangewezen, dan zal de arts over de wenselijkheid van levensbeëindiging oordelen in overleg met deze vertrouwenspersoon. Hierbij zal hij proberen zo zorgvuldig mogelijk in overeenstemming te zijn met de voorafgaande wilsverklaring. In dit geval zal hij ook de raad inwinnen van een andere arts en op het gepaste moment, even-

² Over het begrip «*uitzichtloze situatie*», zie *supra*, I, A, 1.

tueel nadien, aan de familie en aan het verzorgend personeel de beslissing meedelen.

Heeft de ongeneeslijk zieke patiënt, omdat hij daartoe nooit in staat was, geen voorafgaande verklaring geformuleerd en/of geen vertrouwenspersoon aangewezen, dan kunnen zijn wettelijke vertegenwoordigers, in zijn naam om levensbeëindiging verzoeken. Vooraleer tot levensbeëindiging over te gaan, is de arts verplicht zich te vergewissen dat de familie en het verzorgend team het zonder meer eens zijn met hem over de wenselijkheid van een dergelijk handelen.

Bovendien is de arts ertoe gehouden, welke ook de vorm van levensbeëindiging mag zijn waarmee hij wordt geconfronteerd, de gerechtelijke overheden ervan op de hoogte te brengen (*a posteriori*) dat, zoals blijkt uit het medische dossier, het overlijden van de patiënt een medisch geïnduceerd sterven is geweest. Derhalve dient de procedure inzake de overlijdensverklaring en de vergunning om te begraven rekening te houden met de gevallen waarin de arts heeft geoordeeld het moment van het overlijden te moeten bespoedigen (cfr. de huidige praktijk in Nederland). Op deze wijze krijgt de arts enerzijds het volle vertrouwen om te handelen zoals hij meent te moeten handelen in moeilijke gevallen bij het levenseinde, maar is hij anderzijds verplicht deze verantwoordelijkheid op te nemen in alle openheid en duidelijkheid, en bereid te zijn deze handelwijze eventueel te verantwoorden.

Voorstel 2. Procedurele regeling a priori wanneer in een voorafgaande wilsverklaring om levensbeëindiging was gevraagd

Voor de voorstanders van het voorstel 2 moet levensbeëindiging de strafrechtelijke kwalificatie behouden, namelijk een schending zijn van de verbodsbepalingen te doden. Toch kunnen volgens hen in uitzonderlijk gevallen afwijkingen van deze verbodsbepaling gewettigd zijn, wanneer in een voorafgaande wilsverklaring door de patiënt in duidelijke bewoordingen om levensbeëindiging werd gevraagd en de uitzichtloze situatie³ waarin de terminale⁴ en actueel wilsonbekwame patiënt zich bevindt, de arts in een conflict plaatst van waarden en plichten. De voorstanders van dit voorstel pleiten ervoor dat in deze gevallen een *a priori*-procedure wettelijk verplicht zou worden die zou waarborgen dat de arts – die dan toch de uiteindelijke verantwoordelijkheid blijft dragen van deze handeling – al de informatie zou inwinnen die nodig is om op een weloverwogen wijze te oordelen en te beslissen. Deze procedure *a priori* zou volgende vereisten bevatten: de gegrondheid vanuit medisch standpunt nagaan van het verzoek om levensbeëindiging, zoals gevraagd door de patiënt in de voorafgaande wilsverklaring; overleg met het verzorgend team, overleg met de naastbestaanden (tenminste naar hun mening vragen); advies van een collega-arts die niet behoort tot het verzorgend team; ethische beoordeling met een derde persoon om na te gaan in welke mate het levensbeëindigend handelen in dit bepaald geval ethisch kan worden gerechtvaardigd op grond van noodtoestand.⁵

³ Over dit begrip, zie *supra*, I, A, 1.

⁴ Over dit begrip: *ibid.*

⁵ Over het begrip «noodtoestand»: cfr. Eerste Advies, Voorstel 3, en kritische bemerkingen in voorstel 4 van het Eerste Advies.

Indien de patiënt bij het levenseinde niet in staat is zijn wil te doen kennen en geen voorafgaande wilsverklaring opstelde, verzetten de voorstanders van dit voorstel zich tegen elke handeling die ertoe strekt zijn leven te beëindigen. In dit geval zullen de arts en het verzorgend team zich beperken tot pijnbestrijding, tot het afbouwen van therapieën en het toedienen van comfortzorgen.

De voorstanders van dit voorstel wijzen elke vorm van wettelijke erkenning van levensbeëindiging af. Zij verzetten zich tegen de voorgestelde «symbolische transformatie» van de woorden «euthanasie» en «levensbeëindiging», waardoor zij de betekenis krijgen louter een «medische handeling» te zijn. Zij vrezen dat een zodanige «transformatie» een banalisering van het euthanaserend handelen tot gevolg zal hebben. Nog meer ten gronde menen zij dat door de depenalisering van euthanasie en levensbeëindiging, die gewoonweg «medische handelingen» zouden worden, de arts in de onwettige positie wordt geplaatst van een rechter die oordeelt over de waarde van het leven of van het sterven van de patiënten, meer bepaald van degenen die te zwak zijn om zelf nog hun mening daaromtrent te kunnen geven. Zij vrezen dat een zodanige «transformatie» een banalisering van het euthanaserend handelen tot gevolg zal hebben. En de banalisering kan leiden tot rechtvaardiging van euthanasie en levensbeëindiging, met het argument dat dit een verlichting meebrengt van de psychologische en financiële lasten die toch steeds gepaard gaan met het begeleiden van personen voor wie het levenseinde nadert. De banalisering zal ook bij de publieke overheden het verantwoordelijkheidsbesef betreffende palliatieve zorgen minder groot maken.

De voorstanders van dit voorstel wijzen er ten slotte op dat het probleem van de levensbeëindiging niet mag worden weggehaald uit de ruime context van de Medische Beslissingen bij het Levenseinde, d.w.z. belangrijke beslissingen zoals het staken of nalaten van verdere behandeling, het geleidelijk afbouwen van therapieën, het toedienen van grote dosissen pijnstillende middelen. Al deze beslissingen kunnen de duur van het stervensproces beïnvloeden. Bovendien kan de bedoeling waarmee deze beslissingen worden genomen, zeer verschillend zijn: een uitzichtloze toestand niet willen langer laten duren, pijn bestrijden, laten sterven, levensbeëindigend handelen. Daarom wordt erop aangedrongen, zoals in het voorstel 3 van het Eerste Advies, tot een wettelijke regulering te komen van deze Medische Beslissingen bij het Levenseinde (MBL). Een minimumvereiste zou zijn dat in het medisch dossier wordt gerapporteerd op welke wijze in de besluitvorming de rechten van patiënt en naastbestaanden inzake informatie, overleg en toestemming werden nageleefd. Indien de «voorafgaande wilsverklaring» een wettelijke erkenning krijgt, zou in de hier besproken schriftelijke rapportering in ieder geval ook moeten worden vermeld wat deze wilsverklaring inhoudt.

Voorstel 3. Het zonder meer behouden van het wettelijke verbod op actieve levensbeëindiging bij onbekwame personen

De voorstanders van dit standpunt zien in het wettelijk verbod van doodslag een essentiële karakteristiek van de rechtsstaat. Ze stellen dat, ook al is er een voorafgaande wilsverklaring waarin om levensbeëindiging wordt gevraagd, op dit verzoek nooit mag worden ingegaan, ook omdat een voor-

afgaande wilsverklaring nooit een concrete noodtoestand vooraf kan omschrijven.

Tot deze groep behoren sommige voorstanders van het derde voorstel inzake euthanasie in het eerste advies. Voor hen is dit derde voorstel de ultieme grens voor het handelen van artsen in noodtoestanden. Ze zijn tevens van oordeel dat dit voorstel op géén enkele manier mag leiden tot levensbeëindigend handelen bij wilsonbekwamen of ook niet tot één of andere vorm van procedurele regeling die als «alibi» zou kunnen dienen voor het verantwoorden van levensbeëindigend handelen bij wilsonbekwamen.

Tot deze groep behoren ook de voorstanders van het vierde voorstel inzake euthanasie in het eerste advies. Voor hen is de eminente waarde van het leven de natuurlijke grondslag van alle andere rechten van de menselijke persoon. Daarom weigeren zij ermee in te stemmen dat in de Belgische rechtsorde euthanasie of levensbeëindiging op enigerlei wijze zou worden gelegitimeerd, zelfs niet via een procedure «*a posteriori*» of «*a priori*».

De medische ethiek heeft voldoende richtlijnen en procedures ontwikkeld om adequaat om te gaan met uitzichtloze situaties bij terminale patiënten, én dus ook bij wilsonbekwamen. Classificaties van toestanden die leiden tot beperking van therapieën, alsook richtlijnen nopens het afbouwen van voeding- en vochttoediening zijn internationaal voldoende erkend. Geen enkele arts is gehouden tot medisch zinloze handelingen. Dit impliceert dat de medische praktijk een breed arsenaal van mogelijkheden heeft om adequaat in te gaan op probleemsituaties met wilsonbekwame patiënten. Dit alles kan gebeuren in een open klimaat van communicatie met de (eventuele) vertrouwenspersoon en de naastbestaanden, alsook met het verzorgend team, waarbij uiteraard eventueel vroeger uitgedrukte wensen van de patiënt ernstig in overweging worden genomen. De uiteindelijke beslissing berust bij de arts, maar het moet steeds een uitdrukking zijn van verantwoordelijkheid, zorg en nabijheid bij de (wilsonbekwame) terminale patiënt. Vooraf neergelegde wilsverklaringen kunnen echter nooit de complexiteit van het «hier en nu» vatten, noch een dwingende gedragscode opleggen omtrent onvoorzienbare situaties. De creativiteit van de zorg wordt in het dagelijks medische handelen steeds weer getoetst aan de wisselvalligheid van het bestaan.

De voorstanders van dit standpunt zijn dus van oordeel dat het de arts niet toekomt te oordelen over de kwaliteit van het leven van medemensen (*überhaupt* nog minder als deze niet in staat zijn hun wil te kennen te geven). Deze rol aan de arts toekennen – zoals sommigen willen doen – leidt in hun ogen tot een onaanvaardbare praktijk. Ze herinneren er tevens aan dat door het gebaar van levensbeëindiging het zgn. «medelijden met de stervende» mens een innerlijke tegenspraak bevat: medelijden vereist veeleer medische en morele begeleiding die de zieke helpt bij het sterven. Een waarachtige democratie impliceert dat niemand mag oordelen over de waarde van het leven van anderen. Het algemeen verbod op levensbeëindiging bij wilsonbekwamen is een *conditio sine qua non* om de rechten van de zwaksten in onze samenleving te vrijwaren én dus eigenlijk ook de democratische grondwaarden van onze samenleving te beschermen.

Over het algemeen zijn de voorstanders van dit standpunt er vast van overtuigd dat enkel het wettelijk verbod de

bescherming van de meest zwakken in de samenleving zal verzekeren. Toegegeven moet worden dat men de zwaar zieken – wilsonbekwamen of niet – «laat sterven»: zij worden weliswaar niet in de steek gelaten, maar men laat het leven in hen geleidelijk wegebben. Dit komt erop neer dat men het lot dat eenieder te wachten staat, redelijkerwijze aanvaardt. Maar dit mag niet worden gelijkgesteld met het radicaal beschikken over een andere persoon, zoals dit bij doodslag het geval is.

IV. Synthese van de twee adviezen aangaande de wenselijkheid van een wetgevende tussenkomst inzake euthanasie en inzake levensbeëindiging bij wilsonbekwamen

In de adviezen van het Comité 1) inzake euthanasie en 2) inzake levensbeëindiging bij wilsonbekwamen, komen standpunten voor die elkaar niet volledig dekken. Het is dus geraadzaam een synthese van de twee adviezen te maken teneinde de verschillende standpunten die uiteindelijk werden ingenomen, goed uit elkaar te houden.

We herinneren eraan dat het *Eerste Advies over euthanasie* handelde, d.w.z. over een opzettelijke levensbeëindigende handeling door de arts verricht, *op verzoek van de patiënt* die zich in een uitzichtloze situatie bevindt. In dit advies werden volgende vier voorstellen geformuleerd: 1) een wijziging van de wetgeving waardoor euthanasie niet langer strafbaar is; 2) een procedurele regeling *a posteriori* van euthanasie, waartoe door de arts samen met de patiënt wordt beslist; 3) een procedurele regeling *a priori* van Medische Beslissingen bij het Levenseinde, alsook van euthanasie, waartoe wordt beslist in collegiaal overleg en in het geval van noodtoestand; 4) het behoud zonder meer van de wettelijke verbodsbepaling inzake euthanasie.

In het *Tweede Advies* gaat het over *levensbeëindiging bij wilsonbekwamen*, d.w.z. opzettelijk levensbeëindigend handelen waartoe een arts overgaat bij een patiënt die zich in een uitzichtloze situatie bevindt en *niet in staat is zijn wil te doen kennen*. Uit het advies volgen drie duidelijk onderscheiden voorstellen: 1) een wettelijke erkenning van levensbeëindiging; de voorstanders van 1 en 2 van het Eerste Advies sluiten hier bij elkaar aan; 2) een procedurele regeling *a priori* van Medische Beslissingen bij het Levenseinde, alsook van levensbeëindiging in zoverre dit door de patiënt in een voorafgaande wilsverklaring werd gevraagd; dit voorstel wordt verdedigd door sommige voorstanders van het voorstel 3 van het Eerste Advies; 3) het behoud van de wettelijke verbodsbepaling van actieve levensbeëindiging; voor sommige voorstanders van het voorstel 3 van het Eerste Advies moet dit verbod zeker gelden wanneer het gaat om wilsonbekwamen; ze sluiten zich inzake wilsonbekwamen dan ook aan bij de voorstanders van het voorstel 4 in het Eerste Advies.

Uit de debatten over de verschillende situaties die in de twee adviezen werden besproken, kan worden afgeleid dat er overeenstemming is over volgende punten: 1) het afwijzen van therapeutische verbetering; 2) de wenselijkheid de palliatieve zorgen verder uit te bouwen; 3) het probleem van de onaangepastheid van de huidige wetgeving aangaande de overlijdensverklaring en de aangifte van overlijden; wat in deze documenten wordt verklaard omtrent de doodsoorzaak, dient meer waarheidsgetrouw te zijn; 4) het probleem van het gebrek aan transparantie van de medische besluitvorming bij het levenseinde.

Overzichtstabel van de ethische standpunten in het Eerste en Tweede Advies omtrent de vraag: is het ethisch te verantwoorden dat de rechtsorde euthanasie (wilsbekwamen) of levensbeëindiging (wilsonbekwamen) legitimeert? ⁶

	Eerste Advies: Euthanasie bij wilsbekwamen	Tweede Advies: Levensbeëindigend handelen bij wilsonbekwamen met voorafgaande wilsverklaring en/of vertrouwenspersoon	Tweede Advies: Levensbeëindigend handelen bij wilsonbekwamen zonder voorafgaande wilsverklaring en zonder vertrouwenspersoon
Standpunt A	JA – beslissing van arts en patiënt (voorstel 1 en 2 van het Eerste Advies)	JA – beslissing bij arts met eventueel vertrouwenspersoon (voorstel 1 van het Tweede Advies)	JA – op verzoek van wettelijke vertegenwoordigers (voorstel 1 van het Tweede Advies) NEEN – wanneer patiënt wilsbekwaam is geweest. (voorstel 1 van het Tweede Advies)
Standpunt B	JA – mits noodtoestand en procedures <i>a priori</i> (voorstel 3 van het Eerste Advies)	JA – mits noodtoestand en procedures <i>a priori</i> (voorstel 2 van het Tweede Advies)	NEEN (voorstel 3 van het Tweede Advies)
Standpunt C	Ja – mits noodtoestand en procedures <i>a priori</i> (voorstel 3 van het Eerste Advies)	NEEN (voorstel 3 van het Tweede Advies)	NEEN (voorstel 3 van het Tweede Advies)
Standpunt D	NEEN (voorstel 4 van het Eerste Advies)	NEEN (voorstel 3 van het Tweede Advies)	NEEN (voorstel 3 van het Tweede Advies)

In deze debatten kwamen uiteindelijk vier standpunten tot uiting

Standpunt A. Standpunt van hen die een wettelijke regeling wensen van euthanasie en van actieve levensbeëindiging. Zij bepleiten een tussenkomst van de wetgever om zowel de vrije beslissing van eenieder in verband met het sterven te erkennen, als om het ethische karakter te bevestigen van de solidariteit en van de eerbied voor de menselijke waardigheid die tot uiting komt in het beëindigen van het leven van een patiënt in een uitzichtloze situatie.

Een dergelijke erkenning kan verschillende vormen aannemen. Zij menen dat zij zich daarover niet moeten uitspreken: het kan geschieden door het strafrecht en het burgerlijk recht te wijzigen, door een gerechtelijke regeling naar Nederlands voorbeeld of nog door euthanasie en levensbeëindiging de kwalificatie mee te geven van een medische handeling die valt onder de uitoefening van de geneeskunde (waarbij deze daad strafrechtelijk niet ten laste gelegd kan worden van de betrokken arts).

Indien de patiënt niet bekwaam is om zijn wil te kennen te geven en geen voorafgaande wilsverklaring opstelde noch een vertrouwenspersoon aanduidde terwijl dat voorheen wel mogelijk was geweest, dan kan levensbeëindiging medisch en ethisch (als een daad van medelijden) in bepaalde uitzonderlijke situaties gerechtvaardigd zijn. Dit levensbeëindigend handelen mag echter geen wettelijke erkenning krijgen wegens het gevaar van eventuele ontsparingen. De arts zal zijn daad moeten kunnen verantwoorden op grond van «noodtoestand».

In de andere gevallen, waarbij de arts zich kan baseren op een door de patiënt uitgedrukte wil, moet levensbeëindiging wettelijk worden erkend. Wordt deze wil uitgedrukt in het *colloque singulier* tussen patiënt en arts, dan is deze ge-

rechtigd tot euthanasie over te gaan (onder de voorwaarden bepaald in het voorstel 2 van het Eerste Advies). Heeft de patiënt vooraf een *wilsverklaring* opgesteld en/of heeft hij een vertrouwenspersoon aangewezen, dan zal de arts, samen met deze persoon en/of in overeenstemming met de voorafgaande wilsverklaring, de opportuniteit van levensbeëindiging beoordelen. Ten slotte, zo de ongeneeslijk zieke patiënt geen enkele voorafgaande wilsverklaring aflegde en/of geen vertrouwenspersoon aanwees, omdat hij daartoe nooit in staat was, dan kan de arts, op verzoek van de wettelijke vertegenwoordigers, levensbeëindiging overwegen na raadpleging van het volledige verzorgend team. In alle gevallen moet de arts *a posteriori* de gerechtelijke overheid ervan op de hoogte brengen dat, zoals bevestigd in het medisch dossier, de dood van zijn patiënt medisch geïnduceerd is.

Standpunt B. Standpunt van degenen die menen dat euthanasie in uitzonderlijke gevallen (noodtoestand) ethisch kan worden verantwoord, maar levensbeëindiging van wilsonbekwamen die geen voorafgaande wilsverklaring opstellen, ethisch nooit kan worden verantwoord. Indien de wilsonbekwame patiënt echter een voorafgaande wilsverklaring heeft opgesteld, dan kan uitzonderlijk wel tot levensbeëindiging worden beslist, in de gevallen waarin men het beginsel «nood breekt wet» kan doen gelden. Bij het nemen van deze beslissing zal, zoals voor euthanasie (cfr. Eerste advies, Voorstel 3), een *procedure a priori* moeten worden nageleefd.

Standpunt C. Het standpunt van hen die oordelen dat het derde voorstel inzake euthanasie (Eerste Advies) de ultieme grens is voor het handelen van artsen in noodtoestanden, maar dat dit voorstel op géén enkele manier mag leiden tot levensbeëindigend handelen bij wilsonbekwamen.

Standpunt D. Het standpunt van hen die wensen dat het wettelijk verbod van euthanasie en levensbeëindiging zonder meer behouden blijft (cfr. voorstel 4 van het Eerste Advies). De voorstanders van dit standpunt zien in het wettelijke verbod van doodslag een essentiële karakteristiek van de rechtsstaat: voor hen is immers de eminente waarde van het leven de natuurlijke grondslag van alle andere rechten

⁶ Deze tabel dient slechts als geheugensteuntje en kan de uiteenzetting van de standpunten, zoals hierboven vermeld niet vervangen.

van de menselijke persoon. Daarom weigeren zij ermee in te stemmen dat de Belgische rechtsorde euthanasie (dit wil zeggen de patiënt ter dood brengen, op zijn verzoek) op enigerlei wijze zou worden gelegitimeerd, zelfs niet via een procedure «*a posteriori*» of «*a priori*».

Het advies werd voorbereid in beperkte commissie 97/4, samengesteld uit: co-voorzitters: L. Cassiers en E. Vermeersch, coverslaggevers: E. Delruelle en F. Van Neste, leden: C. Aubry, X. Dijon, Y. Galloy, J.-L. Legat, J. Messinne, M. Roelandt, P. Schotsmans, G. Verdonk, J. Vermeylen, B. Wouters, bureaulid: Y. Englert, lid van het secretariaat: B. Orban, externe deskundigen: Prof. Dr. P. De Coninck, voorzitter van de Vereniging voor kinderheekunde, Prof. Dr. H. Nys en E. Strubbe, K.U.L., Dr. M. Lamy, diensthoofd van de dienst voor Intensieve zorgen, C.H.U., Liège.

De werkdokument van de beperkte commissie 97/4 (vraag, persoonlijke bijdragen van de leden en de experts, notulen van de vergaderingen, geraadpleegde documenten) zijn bewaard als bijlagen 97/4 op het documentatiecentrum van het Comité en kunnen aldaar worden geraadpleegd en gekopieerd.

BOEKEN

P. DE HAAN, Th. G. DRUPSTEEN en R. FERNHOUT, **Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 2. Bestuurshandelingen en waarborgen**, vierde geheel herziene druk, Deventer, Kluwer, 1998, XXXIII + 628 p.

1. Dit boek sluit aan op deel 1, waarin dezelfde auteurs de grondslagen, de structuur en de instrumenten van het bestuursrecht behandelden.

In dit deel komen aan bod: publiekrechtelijke, privaatrechtelijke en feitelijke bestuurshandelingen, bestuurswaarborgen en bestuursrechtspraak.

Zoals de auteurs zelf aangeven, heeft de algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) het Nederlandse bestuursrecht ingrijpend gewijzigd, en dit komt ook in dit boek tot uiting: van gelijkenis met de vorige druk, van 1986, is nauwelijks sprake.

2. Fernhout behandelt in hoofdstuk 1 het fenomeen «besluiten», dat reeds vóór de totstandkoming van de Awb, in Nederland zo belangrijk was met het oog op de rechtsbescherming bij de Raad van State, waar in regel alleen «beschikkingen» konden aangevochten worden, en niet andere besluiten.

De Awb bevat tal van voorschriften over de soorten van besluiten en de besluitvorming, die Fernhout nauwkeurig analyseert, met bespreking van andere belangrijke aspecten, zoals de soorten voorwaarden die aan een beschikking kunnen verbonden worden, de rechtskracht van beschikkingen en de gebreken die een beschikking kunnen aantasten.

In dit hoofdstuk blijkt ook welke aanwinst de Awb is voor het bestuursrecht. Eén voorbeeld maar: art. 4.13 Awb bepaalt dat de overheid op een aanvraag tot beschikking moet beslissen binnen de termijn gesteld door een bijzondere wet, zoniet binnen een redelijke termijn; die redelijke termijn is ten hoogste acht weken (zie p. 98-100).

3. de Haan behandelt in hoofdstuk II de privaatrechtelijke en feitelijke bestuurshandelingen. Het betreft een ingewikkeld leerstuk, waarin de moeilijke vraag aan de orde komt of, en zo ja onder welke voorwaarden, de overheid mag kiezen tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk handelen. De «tweewegenleer» is door de Hoge Raad omschreven in het Windmill-arrest (privaatrechtelijk handelen kan niet wanneer dit leidt tot een onaantoonbare doorkruising van de publiekrechtelijke bevoegdheid), maar de Haan wijst op de kritiek van de «Limburgse school», die meent dat de overheid niet mag kiezen (p. 141). De strijd gaat verder, want recent publiceerde Simon (hoofddocent aan de Universiteit Maastricht) naar aanlei-

ding van het arrest van de Hoge Raad van 8 mei 1998 (Staat/Lenger), een artikel waarin hij poneert dat het bestuursrecht nu als een zelfstandig geheel moet worden beschouwd, en niet meer als een uitzondering op het privaatrecht, dat in beginsel ook op de overheid van toepassing zou zijn: exit Windmill (*N.J.B.*, 1998, 1667).

Het hoofdstuk gaat ook in op de verhouding tussen de burgerlijke rechter en de administratieve rechter. Daarbij valt op dat de burgerlijke rechter terugtreedt wanneer hij van oordeel is dat de rechtzoekende een adequate rechtsbescherming vindt bij de administratieve rechter; een dubbele rechtsgang is niet uitgesloten, maar toch wel zeldzamer dan in België. Daarentegen is de civiele rechter als enige bevoegd om kennis te nemen van geschillen in verband met overheidsopdrachten, ook wat betreft de beoordeling van het aan de overeenkomst voorafgaande overheidshandelen (p. 157-158). In België komt dit oordeel toe aan de Raad van State, op grond van de theorie van de «acte détachable».

4. In hoofdstuk III en IV behandelt Fernhout de bestuurswaarborgen (met de klassieke ingrediënten: openbaarheid, inspraak, administratieve controles en beroepen) en de bestuursrechtspraak, waarin een buitengewoon interessant en verhelderend stuk over de historische ontwikkeling van bestuursrechtspraak (p. 274-290). Ook hier vallen gelijknissen op met ontwikkelingen in België. Treffend is de overeenkomst tussen het arrest van de Hoge Raad van 31 december 1915 (Guldenmond/Noorwijkerhout) en het arrest van het Hof van Cassatie van 5 november 1920 (Flandria), waarin beide rechtscolleges oordelen dat het te beschermen recht de bevoegdheid van de rechter bepaalt en niet het publiek- of privaatrechtelijk karakter van het geschil.

In dit hoofdstuk komt ook aan bod de (moeizame) integratie van de administratieve rechtscolleges in de rechterlijke macht, die al gerealiseerd is op het niveau van de arrondissementrechtbanken. Ook voor België zijn hier ongetwijfeld lessen te trekken.

5. Drupsteen behandelt in dit hoofdstuk ook het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad, en vervolgens in hoofdstuk V de bestuurshandhaving (met het toch wel voor Nederland unieke systeem van «gedogen» van onwettelijke situaties, met inbegrip van «gedoogbesluiten» en rechtsbescherming bij gedoogsituaties), en in hoofdstuk VI de bestuurschadevergoeding. Ook hier blijkt de groeiende zelfstandigheid van het bestuursrecht t.o.v. het burgerlijk recht, zo onder meer via de «buitenwettelijke bestuurschadevergoeding», d.w.z. vergoeding door de bestuursrechter toegekend zonder formele wettelijke grondslag (zogenaamde «zelfstandige schadebesluiten»).

6. Dit is een schitterend boek: alle relevante punten worden op beknopte, maar heldere wijze behandeld, met aanduiding van de knelpunten; het voetnotenapparaat is met zorg gekozen en niet overladen. De auteurs nemen een standpunt in waar het nodig is, maar met bescheidenheid, zodat de lijn van het verhaal en de overzichtelijkheid van de uiteenzetting er niet door geschaad worden. Een enkele keer vraagt men zich af, of het streven naar beknopte volledigheid niet wat te ver is doorgedreven, zoals bij het onderscheid van overheidsovereenkomsten in niet minder dan zes typen (p. 112-118).

Dit boek is een absolute aanrader, niet alleen voor wie zich interesseert voor het Nederlandse bestuursrecht, maar wegens de gelijknissen van de problemen die zich in het Belgische bestuursrecht voordoen, voor elke jurist en politicus die bekommerd is met de verbetering van ons eigen bestuursrecht. Stof tot nadenken en een prikkel tot handelen.

M. Boes

MEDEDELINGEN

Studiedag: De gemeenten en de administratieve transparantie

Op 8 juni 1999 organiseert de redactie van *Revue de Droit Communal* in samenwerking met Kluwer Rechtswetenschappen een studiedag met als thema «Les communes et la transparence administrative».

Inlichtingen en inschrijvingen: Kluwer Rechtswetenschappen, mevr. S. Halleux, tel.: 0800/175.29 en fax 03/360.04.55.

De factuur en de BTW

P. WILLE EN M. GOVERS M.M.V., H. PEETERS EN F. BORGER

1999; ISBN 90-5095-077-9; 378 blz.; 2.450 BEF

Derde uitgebreide druk in de reeks "fiscale topics"

Om de BTW-regelgeving te kunnen toepassen, is vereist dat de fiscus kennis krijgt van de door de BTW-plichtigen gestelde belastbare handelingen. Bovendien is het voor een efficiënte controle onontbeerlijk dat iedere belastbare handeling afzonderlijk door de fiscus kan worden geverifieerd. De factuur speelt daarbij een cruciale rol. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de meeste formele vereisten voor de factuur betrekking hebben op de BTW-verplichtingen.

In deze derde druk werden eveneens de verschillende verplichtingen m.b.t. de Euro, de BTW en de factuur opgenomen.

Deze uitgave is uniek door het meest complete overzicht van de vormvereisten waaraan een factuur moet voldoen op het vlak van de BTW. Het geeft een antwoord op diverse cruciale vragen zoals:

- wanneer moet een factuur of stuk uitgereikt of opgemaakt worden?
- welke verplichte vermeldingen moeten voorkomen op de factuur of het stuk?
- wat zijn de gevolgen van een niet-conforme factuur of stuk?
- voor de huur van de bedrijfsgebouwen ontvang ik geen factuur. Kan dit?
- regelmatig komen buitenlandse ondernemingen herstellingen verrichten aan de machines en rekenen op hun factuur geen BTW. Is dit mogelijk?
- voor goederen die vanuit andere lidstaten komen, wordt ons meestal twee maanden na aankomst van de goederen een factuur toegestuurd. Wij verwerken op dat moment een intracommunautaire verwerving van goederen. Is dit correct?

De auteurs zijn partners van het BTW-advieskantoor WP & B.

**De Vereniging van Vlaamse Balies vertegenwoordigt
meer dan 6.300 Vlaamse advocaten.
Voor de uitbouw van haar studie- en documentatiedienst
is zij op zoek naar een**

GEDREVEN JURIST (M / V)

Profiel: minimum drie jaren balie-ervaring, tweetalig, met zin voor studiewerk en analyse van de wetgeving

Functie: uitbouwen van de documentatiedienst, beleidsvoorbereidend werk, opvolging van de wetgevende initiatieven

Kandidaturen met handgeschreven c.v. mogen worden overgemaakt aan de Vereniging van Vlaamse Balies, t.a.v. voorzitter G. Boliâu, Koningsstraat 148 te 1000 Brussel.

INTERSENTIA RECHTSWETENSCHAPPEN

Antwerpen • Groningen • Oxford

Churchillaan 108 • 2900 Schoten (Antwerpen) • Tel.: 03/680.15.50 • Fax: 03/658.71.21

Aangiften BTW 1999-2000

1999; 90-5095-078-7; 287 blz.; 1.950 BEF

P. WILLE EN M. GOVERS

Reeks fiscale topics

De introductie van de Euro per 1 januari 1999 was de voornaamste aanleiding tot publicatie van dit boek. Het vervullen van de voornaamste aangifteverplichtingen inzake BTW ondergaat hierdoor een aantal wijzigingen. Het was ook voor de BTW-Administratie een moment om even stil te staan bij de teksten van toelichting bij de verschillende aangiften inzake BTW en zo te zorgen voor een actualisering en modernisering.

Dit boek behandelt de vier voornaamste aangiften op het vlak van de BTW:

- de periodieke BTW-aangifte;
- de bijzondere BTW-aangifte;
- de intracommunautaire opgave;
- de jaarlijkse opgave van afnemers-belastingplichtigen.

Elke soort aangifte wordt benaderd volgens een vast stramen. Vooreerst wordt het te gebruiken formulier voorgesteld. Vervolgens worden de wettelijke bepalingen behandeld. Ook werden alle wijzigingen aan de BTW-wetgeving die betrekking hebben op de aangiften behandeld. Ook werden alle wijzigingen aan de BTW-wetgeving die betrekking hebben op de aangiften en de euro in extenso opgenomen, zodat u deze teksten gebundeld hebt. Na een korte toelichting per formulier omtrent diverse aspecten van indiening, volgt een uitgebreide handleiding voor het invullen ervan.