PATRICK SENAEVE
FREDERIK SWENNEN (eds.)

De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003

intersentia

De laatste maanden van de legislatuur 1999-2003 hebben een rijke oogst opgeleverd aan wetgeving op het domein van het Personen- en familierecht: de 'reparatiewet' voogdij en ouderlijk gezag van 13 februari 2003, de wetgeving inzake de voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen (art. 479 van de Programmawet van 24 december 2002), de wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht, de wet van 28 januari 2003 tot toewijzing van de gezinswoning bij partnergeweld, de wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie, de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt, de wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor Alimentatievorderingen, de wet van 3 mei 2003 tot hervorming van het voorlopig bewind, en een aantal wijzigingen aan de Jeugdbeschermingswet.

De bedoeling van dit boek is een exhaustief overzicht te bieden van al deze wetshervormingen en de gevolgen die ze meebrengen voor de rechtspraktijk. Er wordt tevens een grondige analyse gemaakt van de recente arresten van het Arbitragehof inzake afstamming, huwelijk, echtscheiding en onderhoudsgeld, die eveneens een belangrijke betekenis hebben voor de rechtspraktijk.

www.intersentia.be

ISBN 90-5095-331-X

9 789050 953313

De laatste maanden van de legislatuur 1999-2003 hebben een rijke oogst opgeleverd aan wetgeving op het domein van het Personen- en familierecht: de 'reparatiewet' voogdij en ouderlijk gezag van 13 februari 2003, de wetgeving inzake de voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen (art. 479 van de Programmawet van 24 december 2002), de wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht, de wet van 28 januari 2003 tot toewijzing van de gezinswoning bij partnergeweld, de wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie, de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt, de wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor Alimentatievorderingen, de wet van 3 mei 2003 tot hervorming van het voorlopig bewind, en een aantal wijzigingen aan de Jeugdbeschermingswet.

De bedoeling van dit boek is een exhaustief overzicht te bieden van al deze wetshervormingen en de gevolgen die ze meebrengen voor de rechtspraktijk. Er wordt tevens een grondige analyse gemaakt van de recente arresten van het Arbitragehof inzake afstamming, huwelijk, echtscheiding en onderhoudsgeld, die eveneens een belangrijke betekenis hebben voor de rechtspraktijk.

www.intersentia.be

ISBN 90-5095-331-X
9 789050 953313

PATRICK SENAEVE
FREDERIK SWENNEN (eds.)

De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003

PATRICK SENAEVE
FREDERIK SWENNEN (eds.)

De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003

intersentia

De laatste maanden van de legislatuur 1999-2003 hebben een rijke oogst opgeleverd aan wetgeving op het domein van het Personen- en familierecht: de 'reparatiewet' voogdij en ouderlijk gezag van 13 februari 2003, de wetgeving inzake de voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen (art. 479 van de Programmawet van 24 december 2002), de wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht, de wet van 28 januari 2003 tot toewijzing van de gezinswoning bij partnergeweld, de wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie, de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt, de wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor Alimentatievorderingen, de wet van 3 mei 2003 tot hervorming van het voorlopig bewind, en een aantal wijzigingen aan de Jeugdbeschermingswet.

De bedoeling van dit boek is een exhaustief overzicht te bieden van al deze wetshervormingen en de gevolgen die ze meebrengen voor de rechtspraktijk. Er wordt tevens een grondige analyse gemaakt van de recente arresten van het Arbitragehof inzake afstamming, huwelijk, echtscheiding en onderhoudsgeld, die eveneens een belangrijke betekenis hebben voor de rechtspraktijk.

www.intersentia.be

ISBN 90-5095-331-X
9 789050 953313

PATRICK SENAEVE
FREDERIK SWENNEN (eds.)

De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003

PATRICK SENAEVE
FREDERIK SWENNEN (eds.)

De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003

intersentia

DE HERVORMINGEN IN HET PERSONEN- EN FAMILIERECHT 2002-2003

INSTITUUT VOOR FAMILIERECHT
EN JEUDGRECHT

K.U.LEUVEN

Nr. 52

FACULTEIT RECHTEN
i.s.m. CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING
IN DE RECHTEN

UNIVERSITEIT ANTWERPEN

DE HERVORMINGEN IN HET PERSONEN- EN FAMILIERECHT 2002-2003

P. SENAEVE EN F. SWENNEN
(eds.)

Met bijdragen van:

CHRISTOPH CASTELEIN
MARTA PERTEGÁS SENDER
JOHAN PUT
TOM ROBERT
PATRICK SENAEVE
FREDERIK SWENNEN
HILDE VANBOCKRIJCK
THIERRY VANSWEEVELT

2003

intersentia

Antwerpen – Groningen – Oxford

De hervormingen in het personen- en familierecht
P. Senaeve en F. Swennen (eds.)

© 2003 Intersentia
Antwerpen – Groningen – Oxford
http://www.intersentia.be

ISBN 90-5095-331-X
D/2003/7849/56
NUR 822

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de uitgevers.

VOORWOORD

De laatste maanden van de 50e legislatuur (1999-2003) hebben een rijke oogst opgeleverd aan wetgeving op het domein van het Personen- en familierecht: de Wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie, de Wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt, de wetgeving inzake de voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen (art. 479 van de Programmawet van 24 december 2002), de Wet van 28 januari 2003 tot toewijzing van de gezinswoning bij partnergeweld, de "Reparatiewet" ouderlijk gezag en voogdij van 13 februari 2003, de Wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht, de Wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor Alimentatievorderingen, de Wet van 3 mei 2003 tot hervorming van het voorlopig bewind, en een aantal wijzigingen aan de Jeugdbeschermingswet.

Over al deze nieuwe wetten werden op 4 juni en 13 juni 2003 resp. te Leuven en te Antwerpen twee druk bijgewoonde studiedagen gehouden. Er werd tevens een analyse gemaakt van de recente arresten van het Arbitragehof inzake Personen- en familierecht, die eveneens een belangrijke betekenis hebben voor de rechtspraktijk.

Deze studiedagen waren een gemeenschappelijk initiatief van Prof. P. Senaeve van de rechtsfaculteit van de K.U.Leuven en van Prof. F. Swennen van de rechtsfaculteit van de Universiteit Antwerpen.

Dit werk, dat het verslagboek is van deze studiedagen, brengt een exhaustief overzicht van de gevolgen die deze ingrijpende wetshervormingen meebrengen voor de rechtspraktijk.

Het boek wordt ingeleid met een overzicht van alle nieuwe wetgeving (sinds 1 januari 2002) in het domein van het personen- en familierecht en het jeugdrecht, met vermelding van de datum van de inwerkingtreding ervan.

Christoph Castelein, assistent aan de K.U.Leuven, bespreekt achtereenvolgens de Reparatiewet ouderlijk gezag en voogdij en de Wet voogdij over niet-begeleide minderjarigen.

Prof. dr. Johan Put, docent aan de K.U.Leuven, behandelt de diverse wetswijzigingen inzake jeugdbescherming.

De wet tot hervorming van het voorlopig bewind wordt geanalyseerd door Prof. dr. Frederik Swennen, docent U.A. en gastdocent K.U.Leuven.

Prof. dr. Thierry Vansweevelt, hoogleraar U.A. en advocaat, nam de behandeling van de rechtspositie van onbekwamen in de Wet Patiënten-rechten en in de Euthanasiewet voor zijn rekening.

Prof. dr. Marta Pertegás Sender, docent U.A. en advocaat, bespreekt het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht zowel wat het materieel recht als wat het I.P.R. betreft.

De wet tot oprichting van een Dienst voor Alimentatievorderingen wordt behandeld door Tom Robert, assistent U.A.

Hilde Vanbockrijck, assistente K.U.Leuven en advocaat, brengt een grondige analyse van de wet tot toewijzing van de gezinswoning bij partner-geweld.

Ten slotte geeft Prof. dr. Patrick Senaeve een overzicht met commentaar van de recente rechtspraak (2002-2003) van het Arbitragehof inzake familierecht.

Voor deze duo-studiedag en dit verslagboek konden wij een beroep doen op een schare enthousiaste collega's en medewerkers die elk binnen hun specialisatie de recentste evoluties in het personen- en familierecht en het jeugdrecht hebben willen toelichten en becommentariëren. Wij hopen dat degenen die in de rechtspraktijk met al deze innovaties moeten omgaan, de vruchten van hun inspanningen zullen kunnen plukken.

De materie werd bijgewerkt tot 15 juli 2003. Met latere wijzigingen werd in de mate van het mogelijke nog rekening gehouden.

Prof. F. Swennen
Universiteit Antwerpen

Prof. P. Senaeve
Directeur Instituut voor Familierecht en Jeugdrecht
K.U.Leuven

OVERZICHT WETGEVING INZAKE PERSONEN- EN FAMILIERECHT EN JEUGDRECHT 2002-2003

1. Euthanasie

Wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie
B.S. 22 juni 2002
– *Inwerkingtreding: ten laatste 3 maanden nadat ze in het B.S. is bekendgemaakt, d.i. op 22 september 2002*

Koninklijk besluit van 2 april 2003 houdende vaststelling van de wijze waarop de wilsverklaring inzake euthanasie wordt opgesteld, herbevestigd, herzien of ingetrokken,
B.S. 13 mei 2003.

2. Patiëntenrechten

Wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt
B.S. 26 september 2002 (err. *B.S.* 20 december 2002)
– *Inwerkingtreding: geen bepaling, dus 10e dag na publicatie, d.i. 6 oktober 2002*

Koninklijk Besluit van 1 april 2003 tot regeling van de samenstelling en de werking van de Federale Commissie "Rechten van de Patiënt" ingesteld bij artikel 16 van de Wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt
B.S. 13 mei 2003.

Koninklijk besluit van 16 mei 2003 houdende benoeming van de voorzitter, zijn plaatsvervanger en de leden van de Federale Commissie "Rechten van de patiënt"
B.S. 27 mei 2003.

3. Bloedderivaten

Programmawet (1) van 8 april 2003
Een onderdeel van deze wet beoogt een wijziging van de wet van 5 juli 1994 betreffende bloed en bloedderivaten van menselijke oorsprong.
B.S. van 17 april 2003, artt. 158 – 160.
– *Inwerkingtreding: geen bepaling, dus 10e dag na publicatie, d.i. 27 april 2003*

4. Autopsie baby's

Wet van 26 maart 2003 houdende regeling van de autopsie na het onverwachte en medisch onverklaarde overlijden van een kind van minder dan 18 maanden
B.S. 22 mei 2003
Programmawet van 5 augustus 2003, art. 31, vervangt art. 9, eerste volzin van de W. 26 maart 2003
B.S. 7 augustus 2003, err. *B.S.* 9 september 2003
– *Inwerkingtreding: op een bij in Ministerraad overlegd K.B. te bepalen datum*

5. Onderzoek op embryo's in vitro

Wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's in vitro
B.S. 28 mei 2003
– *Inwerkingtreding: op de dag dat het K.B. bedoeld in art. 9, § 5 van de wet in werking treedt*

6. Stalking

Art. 11 van de Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van de discriminatie en tot wijziging van de Wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding,
B.S. 17 maart 2003 (err. *B.S.* 13 mei 2003)
– *Inwerkingtreding: geen bepaling, dus 10e dag na publicatie, d.i. 27 maart 2003.*

7. Voorlopig Bewind

Wet van 3 mei 2003 tot wijziging van de wetgeving betreffende de bescherming van de goederen van personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren.
De datum van publicatie van de wet was bij het ter perse gaan van dit boek nog niet bekend. De wet treedt in werking 10 dagen na de publicatie.

8. Reparatiewet voogdij en ouderlijk gezag

Wet van 13 februari 2003 tot wijziging van sommige bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de bescherming van de goederen van de minderjarigen
B.S. 25 maart 2003, bl. 14334.
– *Inwerkingtreding: geen bepaling, dus 10e dag na publicatie, d.i. 4 april 2003*

9. Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen

Hoofdstuk 6 (artikel 479) van de programmawet I van 24 december 2002, Dit artikel wordt op zijn beurt onderverdeeld in 29 artikelen.
B.S. 31 december 2002.
– *Inwerkingtreding: op de datum bepaald bij een in Ministerraad overlegd K.B. (art. 28)*
(Dit K.B. werd nog niet gepubliceerd)

10. Adoptie

a. Wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie
B.S. 16 mei 2003
– *Inwerkingtreding: op een bij K.B. te bepalen datum*
(Dit K.B. werd nog niet gepubliceerd)

b. Wet van 13 maart 2003 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat de adoptie betreft
B.S. 16 mei 2003
– *Inwerkingtreding: op een bij K.B. te bepalen datum*
(Dit K.B. werd nog niet gepubliceerd)

11. Huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht

Wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek,
B.S. 28 februari 2003, derde editie.
– *Inwerkingtreding: 1 juni 2003*
Omzendbrief: *B.S.* 8 mei 2003.

12. Toewijzing gezinswoning bij partnergeweld

Wet van 28 januari 2003 tot toewijzing van de gezinswoning aan de echtgenoot of aan de wettelijk samenwonende die het slachtoffer is van fysieke gewelddaden vanwege zijn partner en tot aanvulling van artikel 410 van het Strafwetboek
B.S. 12 februari 2003
– *Inwerkingtreding: 22 februari 2003*

13. Alimentatiefonds

Wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor alimentatievorderingen bij de FOD financiën
B.S. 28 maart 2003
Programmawet van 5 augustus 2003, art. 19, vervangt art. 31 van de W. 21 februari 2003
B.S. 7 augustus 2003, err. *B.S.* 9 september 2003
– *Inwerkingtreding: 1 september 2004.*

Wet van 17 maart 2003 houdende wijziging van de artikelen 628 en 1395 van het Gerechtelijk Wetboek naar aanleiding van de Wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor alimentatievorderingen bij de FOD financiën
B.S. 28 maart 2003
– *Inwerkingtreding: 1 september 2003.*

14. "Everbergwet"

Wet 1 maart 2002 betreffende de voorlopige plaatsing van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd
B.S. 1 maart 2002 (derde uitgave).

K.B. 1 maart 2002 tot oprichting van een Centrum voor voorlopige plaatsing van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd
B.S. 1 maart 2002 (derde uitgave).

Samenwerkingsakkoord 30 april 2002 tussen de Federale Staat, de Duitstalige Gemeenschap, de Franse Gemeenschap en de Vlaamse Gemeenschap betreffende het gesloten centrum voor voorlopige plaatsing van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd, goedgekeurd bij Decr. Vl. Parl. 19 juli 2002, *B.S.* 20 augustus 2002, tweede uitgave; Decr. Fr. Gem. R. 17 juli 2002, *B.S.* 11 september 2002; Decr. D. Gem. R. 3 februari 2003, *B.S.* 14 maart 2003.
Wet van 13 maart 2003 houdende instemming met het samenwerkingsakkoord tussen de Federale Staat, de Duitstalige Gemeenschap, de Franse Gemeenschap en de Vlaamse Gemeenschap betreffende het gesloten centrum voor voorlopige plaatsing van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd
B.S. 28 april 2003.
– *Inwerkingtreding (voor alle drie): 1 april 2002.*

15. Invloed meerderjarig worden inzake jeugdbescherming

Wet van 6 januari 2003 tot wijziging van art. 49, 2e lid en art. 52, 4e lid van de wet op de jeugdbescherming
B.S. 20 februari 2003, derde uitgave.
– *Inwerkingtreding: geen bepaling, dus 10e dag na publicatie, d.i. 2 maart 2003*

16. Minderjarigen en voetbalwedstrijden

Wet 10 maart 2003 tot wijziging van de wet van 21 december 1998 betreffende de veiligheid bij voetbalwedstrijden
B.S. 31 maart 2003.
– *Inwerkingtreding: geen bepaling, dus 10e dag na publicatie, d.i. 10 april 2003.*

17. Militairen en jeugdbescherming

Artikel 47 van de Wet van 10 april 2003 tot regeling van de rechtspleging voor de militaire rechtscolleges en tot aanpassing van verscheidene wettelijke bepalingen naar aanleiding van de afschaffing van de militaire rechtscolleges in vredestijd
B.S. 7 mei 2003 (opheffing art. 36, tweede lid Jeugdbeschermingswet).
– *Inwerkingtreding: 1 januari 2004 (K.B. 10 april 2003, B.S. 7 mei 2003)*

INHOUDSOPGAVE

VOORWOORD v

OVERZICHT WETGEVING INZAKE PERSONEN- EN FAMILIERECHT EN JEUGDRECHT 2002-2003 vii

DEEL I
DE REPARATIEWET OUDERLIJK GEZAG EN VOOGDIJ
CHRISTOPH CASTELEIN 1

HOOFDSTUK I.
INLEIDING 3

HOOFDSTUK II.
DE TOTSTANDKOMING VAN DE WET VAN 13 FEBRUARI 2003 . . 4

HOOFDSTUK III.
REPARATIE INZAKE HET OUDERLIJK GEZAG 7

§ 1. Machtigingbehoevende handelingen 7
§ 2. Territoriale bevoegdheid van de vrederechter 9
§ 3. Belangentegenstelling tussen ouders en kind en tussen ouders onderling 14
A. Belangentegenstelling tussen ouders en kind 14
1. Art. 376, § 1, zesde lid B.W. 14
2. Art. 378, § 2 B.W. 17
B. Belangentegenstelling tussen de ouders onderling 17
1. Situatie vóór de Reparatiewet 17
2. Wijzigingen door de Reparatiewet 19
§ 4. Geldsommen toekomend aan minderjarigen 22
A. Maatregelen voor geldsommen van de minderjarige 22
B. Kennisgeving aan de schuldenaars en aan het vredegerecht waarvan de voogdij afhangt 27

HOOFDSTUK IV.
REPARATIE INZAKE DE VOOGDIJ 28

§ 1. Voorafgaandelijk 28
§ 2. Wijzigingen van de machtigingsbehoevende handelingen 28

A. Het optreden in rechte als eiser voor de minderjarige 28
B. Berusting 30
C. Beschikken over bepaalde onbeschikbare vermogens 31
§ 3. Kennisgeving door het O.C.M.W. 32
§ 4. Overige wijzigingen 34
A. Blokkering van fondsen en waarden uit nalatenschap 34
B. De openbare verkoop van art. 1186 Ger.W. 35
C. Machtiging voor openbare verkoop in de zin van art. 1187 Ger.W. 35
D. Procedure van ontzetting van de voogd 36
E. Vordering tot vaststelling van de voortdurende onmogelijkheid het ouderlijk gezag uit te oefenen 37

HOOFDSTUK V.
CONCLUSIE 39

DEEL II
DE WET VOOGDIJ OVER NIET-BEGELEIDE MINDERJARIGE VREEMDELINGEN
CHRISTOPH CASTELEIN 41

HOOFDSTUK I.
INLEIDING 43

HOOFDSTUK II.
DEFINIËRING EN SITUERING 45

HOOFDSTUK III.
VERPLICHTING TOT UITWERKING VAN EEN VOOGDIJ-REGELING OP HET VLAK VAN GRONDRECHTEN EN MENSENRECHTEN 46

HOOFDSTUK IV.
HUIDIGE SITUATIE – SITUATIE VOOR HET IN WERKING TREDEN VAN DE WET 49

§ 1. De Belgische burgerrechtelijke voogdijregeling 49
§ 2. De administratieve voogdij over minderjarigen door het O.C.M.W. 51
§ 3. Pragmatische oplossingen 55

HOOFDSTUK V.
DE VOORAFGAANDE WETSVOORSTELLEN HOUDENDE HET INSTELLEN VAN EEN VOOGDIJ OVER DE NIET-BEGELEIDE MINDERJARIGE VREEMDELINGEN 57

§ 1. Het wetsvoorstel van Decroly, Talhoui en Gilkinet 57
§ 2. Het wetsvoorstel-Lizin 58

HOOFDSTUK VI.
DE WET VAN 24 DECEMBER 2002 – PROGRAMMAWET (I) 60

§ 1. Situering 60
§ 2. Bron 60
§ 3. Gevallen waarin de voogdij wordt ingericht 62
A. Elke persoon van minder dan 18 jaar 62
B. Die onderdaan is van een land dat geen lid is van de Europese Economische Ruimte 63
C. Die niet begeleid is door een persoon die het ouderlijk gezag of de voogdij over hem uitoefent krachtens zijn nationale wet 64
D. En die ofwel de erkenning van de hoedanigheid van vluchteling heeft aangevraagd, ofwel niet voldoet aan de voorwaarden inzake toegang tot en verblijf op het Belgisch grondgebied, zoals vastgesteld in de Vreemdelingenwet 64
1. Situatie van de minderjarige in het vreemdelingenrecht 64
a. Het traditionele concept van de minderjarige in het vreemdelingenrecht 64
b. De minderjarige die asiel aanvraagt 65
c. De niet-begeleide minderjarige die geen asiel aanvraagt 68
2. De minderjarige die valt onder het toepassingsgebied van de WnBMV 70
§ 4. Procedure 72
§ 5. Voogdijstructuur 72
A. De Dienst Voogdij 72
B. Procedure en criteria voor de erkenning van de voogden . . 75
C. Intrekking van de erkenning 77
D. Juridische aard van de arbeidsverhouding tussen de voogd en de Dienst Voogdij 77
E. Opleiding van de voogden 78

F. Aanwijzing en vrijwillig ontslag van de voogd 78
1. Aanwijzing van de voogd 78
2. Vrijwillig ontslag van de voogd (art. 29 ontwerp-K.B.) . 80
§ 6. Bestanddelen van het voogdijgezag 80
§ 7. Uitoefening van het voogdijgezag 81
A. Inrichting van de voogdij bij de aanwijzing van een voogd . 81
1. Aanwijzing van de voogd 81
2. Taak van de voogd bij aanvang van de voogdij 81
B. Uitoefening van het voogdijgezag tijdens de voogdij 82
1. Taak van de voogd 82
a. Zorg over de persoon 82
b. Contactrecht – Vertrouwensrelatie 83
c. Vertegenwoordigingsopdracht 83
d. Beheer van de goederen 85
e. Opstellen van een voogdijverslag en een voogdijrekening 86
2. Taak van de vrederechter 86
3. Toezicht door de Dienst Voogdij 87
4. Betwistingen tussen de minderjarige en zijn voogd . . . 88
§ 8. Beëindiging van de voogdij 89
A. Gevallen van beëindiging 89
B. Het voogdijverslag en de voogdijrekening 93
§ 9. Overgangsbepalingen 93
§ 10. Wijzigings- en slotbepalingen 94
§ 11. Overige bepalingen 96
A. Behandeling van de dossiers van niet-begeleide minderjarigen 96
B. Criterium inzake beslissingen die de minderjarige aanbelangen 96
C. Het horen van de niet-begeleide minderjarige 96
D. Rechtsingang bij verzoekschrift 96
§ 12. Conclusie inzake de WNBMV 96

HOOFDSTUK VII.
CONCLUSIE 99

DEEL III
RECENTE EVOLUTIES IN HET JEUGDBESCHERMINGSRECHT
PROF. DR. JOHAN PUT 101

INLEIDING 103

HOOFDSTUK I.
VEILIGHEID BIJ VOETBALWEDSTRIJDEN 105

§ 1. Probleemstelling 105
§ 2. Aanpassing van de Voetbalwet 108
§ 3. Gemeentelijke administratieve sancties 113

HOOFDSTUK II.
DE AFSCHAFFING VAN DE MILITAIRE RECHTSCOLLEGES . . . 116

HOOFDSTUK III.
JEUGDBESCHERMINGSMAATREGELEN NA DE LEEFTIJD
VAN 18 JAAR 119

§ 1. Voorlopige maatregelen na de leeftijd van 18 jaar 119
A. Door de jeugdrechter 119
B. Door de onderzoeksrechter 122
§ 2. Maatregelen ten gronde na de leeftijd van 18 jaar 123
§ 3. Overleg met de gemeenschappen 124

HOOFDSTUK IV.
VOORLOPIGE DETENTIE: DE “EVERBERGWET” 127

§ 1. Ontstaansgeschiedenis 127
§ 2. Bevoegdheidsproblemen 130
§ 3. Voorwaarden 133
§ 4. Procedure 136
§ 5. Samenwerkingsakkoord 138
§ 6. Beoordeling 139

DEEL IV
DE HERVORMING VAN HET VOORLOPIG BEWIND
PROF. DR. FREDERIK SWENNEN 141

HOOFDSTUK I.
INLEIDING 143

HOOFDSTUK II.
HET PERSONELE TOEPASSINGSGEBIED 146

§ 1. Voorlopig bewind en de bescherming van de persoon 146
§ 2. Voorlopig bewind en verkwisting 148

§ 3. Voorlopig bewind en lastgeving 148
§ 4. Voorlopig bewind en collectieve schuldenregeling 150

HOOFDSTUK III.
DE PROCEDURE TOT TOEVOEGING VAN EEN
VOORLOPIGE BEWINDVOERDER 151

§ 1. De tegensprekelijke procedure 151
§ 2. Materiële en territoriale bevoegdheidsregels 152
§ 3. Verzoekers (art. 488*bis*, b), § 1 B.W.) 153
§ 4. Het verzoekschrift op tegenspraak (art. 488*bis*, b), § 5 B.W.) . 154
§ 5. De omstandige geneeskundige verklaring (art. 488*bis*, b),
§ 6 B.W.) 156
§ 6. De behandeling van het verzoek (art. 488*bis*, b), § 7 B.W.) . . 158
§ 7. De uitspraak (art. 488*bis*, c), § 1 B.W.) 160
§ 8. Publiciteit (art. 488*bis*, e) B.W.) 161
§ 9. Dossier (art. 488*bis*, c), § 4 B.W.) 162

HOOFDSTUK IV.
ORGANISATIE VAN HET VOORLOPIG BEWIND 163

§ 1. De voorlopige bewindvoerder 163
A. Aanwijzing door de te beschermen persoon (art. 488*bis*,
b), § 2 B.W.) 163
B. Aanwijzing door de voorlopige bewindvoerder in
functie (art. 488*bis*, b), § 3 B.W.) 164
C. Aanwijzing door de vrederechter (art. 488*bis*, c),
§ 1 B.W.) 165
D. Hoeveel bewindvoerders per beschermde persoon? 166
E. Hoeveel beschermde personen per bewindvoerder? 167
F. De duur van het mandaat 168
G. De bezoldiging (art. 488*bis*, h), § 1 B.W.) 169
H. Het ontslag (art. 488*bis*, d) B.W.) 170
§ 2. De voorlopige bewindvoerder *ad hoc* 170
§ 3. De bijzondere bewindvoerder (art. 488*bis*, f), § 3,
laatste lid B.W.) 171
§ 4. De vertrouwenspersoon (art. 488*bis*, b), § 4, en d) B.W.) 171
A. Begrip 171
B. Aanwijzing 172
C. Opdracht 173
D. Ontslag 174
§ 5. De “andere persoon of instelling” (art. 488*bis*, c),
§ 3, laatste lid B.W.) 175

HOOFDSTUK V.
DE WERKING VAN HET VOORLOPIG BEWIND 176

§ 1. Vertegenwoordiging, bijstand en machtiging 176
§ 2. Bekwaamheid van de beschermde persoon 178
A. Algemeen (art. 488*bis*, i) B.W.) 178
B. Giften (art. 488*bis*, h), § 2 B.W.) 179
C. Huwelijkscontracten (art. 488*bis*, h), § 3 B.W.) 187
§ 3. Opdracht van de voorlopige bewindvoerder 191
A. Algemeen 191
B. Belangenconflict (art. 488*bis*, f), § 1, vierde lid B.W.) 192
C. Handelingen waarvoor machtiging nodig is – nieuwe regels (art. 488*bis*, f), § 3, B.W.) 193
1. Artikel 488*bis*, f), § 3, tweede lid versus art. 410 193
2. De procedure tot machtiging: bij eenvoudig verzoekschrift 194
3. Vertegenwoordiging van de beschermde persoon in rechte als eiser 195
4. Doorhaling van hypothecaire inschrijvingen en van overschrijvingen van een bevel tot uitvoerend beslag . 196
5. Berusting in vorderingen betreffende onroerende rechten 197
6. Verwerping onder voorrecht van boedelbeschrijving van een nalatenschap 197
7. Huurovereenkomsten 199
8. Aankoop onroerend goed 199
9. Vervreemding van souvenirs en andere persoonlijke voorwerpen 199
§ 4. Voortzetting handelszaak (art. 488*bis*, f), § 3, laatste lid B.W.) 200
§ 5. De verkoop van roerende en onroerende goederen (art. 488*bis*, g), B.W.) 200

HOOFDSTUK VI.
REKENING EN VERANTWOORDING 201

§ 1. Aanvangsverslag (art. 488*bis*, c), § 2 B.W.) 201
§ 2. Jaarlijkse verslagen (art. 488*bis*, c), § 3 B.W.) 201
§ 3. Eindverslag (art. 488*bis*, c, § 3 B.W.) 202
§ 4. Andere waarborgen 203

HOOFDSTUK VII.
BETEKENINGEN EN KENNISGEVINGEN 204

HOOFDSTUK VIII.
EINDE VAN HET VOORLOPIG BEWIND 205

DEEL V
ONBEKWAMEN: DE WET PATIENTENRECHTEN EN DE EUTHANASIEWET
PROF. DR. THIERRY VANSWEEVELT 207

HOOFDSTUK I.
ONBEKWAMEN EN DE WET PATIËNTENRECHTEN 209

§ 1. Toepassingsgebied en definities 209
§ 2. Rechten van de patiënt 211
A. Recht op een kwaliteitsvolle dienstvertrekking 211
B. Recht op vrije keuze van beroepsbeoefenaar 211
C. Recht op informatie over de gezondheidstoestand 212
D. Het recht op een geïnformeerde toestemming 214
E. Het recht op inzage en afschrift van het patiëntendossier 215
F. Recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer . . 218
G. Klachtrecht 218
§ 3. Onbekwamen en de uitoefening van patiëntenrechten 219
A. Minderjarigen 220
B. Wilsonbekwame meerderjarigen 221
Besluit 1 223

HOOFDSTUK II.
ONBEKWAMEN EN DE EUTHANASIEWET 225

§ 1. Materieel toepassingsgebied 225
A. Een handelingsbekwame meerderjarige of ontvoogde minderjarige bewuste patiënt 226
1. Principe 226
2. Handelingsonbekwamen 226
B. Het euthanasieverzoek: schriftelijk, vrijwillig, overwogen en herhaald 229
1. Een schriftelijk verzoek 230
2. Een vrijwillig verzoek vrij van enige externe druk 231
3. Een overwogen verzoek 233
4. Een herhaald en duurzaam verzoek 235
C. De gezondheidstoestand van de patiënt 235

1. Subjectieve voorwaarde: een aanhoudend en ondraaglijk fysiek of psychisch lijden 235
a. Aanhoudend en ondraaglijk lijden 236
b. Fysiek of psychisch lijden 236
2. Een ernstige en ongeneeslijke, door ziekte of ongeval veroorzaakte aandoening 237
a. Begripsomschrijving 237
b. Terminale en niet-terminale aandoeningen 238
3. Een medisch uitzichtloze toestand / een niet te lenigen lijden 238
§ 2. Procedurevoorwaarden 240
§ 3. Euthanasie bij onomkeerbaar onbewuste personen: de wils- of euthanasieverklaring 242
A. Materiële voorwaarden 242
1. Een handelingsbekwame meerderjarige of ontvoogde minderjarige patiënt 243
2. De euthanasieverklaring: schriftelijk, getuigen en maximum 5 jaar oud 243
3. De gezondheidstoestand van de patiënt 244
a. Een ernstige en ongeneeslijke door ongeval of ziekte veroorzaakte aandoening 244
b. Een onomkeerbare toestand van niet-bewustzijn . 244
B. Procedurevoorwaarden 246
§ 4. De aangifte van euthanasie aan de federale controle- en evaluatiecommissie 247
A. De aangifte van het registratiedocument 247
B. De federale controle- en evaluatiecommissie (“de commissie”): samenstelling en taken 247
1. Samenstelling en werking 247
2. Taken: controle en evaluatie 248
§ 5. Juridische gevolgen van euthanasie, het euthanasieverzoek en de euthanasieverklaring ten opzichte van hulpverleners en verzekeraars 250

Besluit 2 251

DEEL VI
HUWELIJK TUSSEN PERSONEN VAN HETZELFDE GESLACHT IN BELGIË: INTERNRECHTELIJKE EN INTERNATIONALE IMPLICATIES
PROF. DR. MARTA PERTEGÁS SENDER 255

HOOFDSTUK I.
SITUERING 257

HOOFDSTUK II.
TOEGANG TOT HET OPENGESTELDE HUWELIJK 259

§ 1. Inwerkingtreding en overgangsrecht 259
§ 2. Verschil van geslacht is irrelevant geworden 260
§ 3. Grondvoorwaarden van het huwelijk 260
A. Wettelijk samenwonenden 261
B. Huwelijksbeletsels 261

HOOFDSTUK III.
GEVOLGEN VAN HET OPENGESTELDE HUWELIJK 263

§ 1. Oorspronkelijke afstamming en huwenden van gelijk geslacht 263
A. Situering 263
B. Vermoeden van vaderschap 264
C. Onderzoek naar het vaderschap tegen een gehuwde man 264
D. Erkenning door een gehuwde man 264
E. Erkenning door een gehuwde vrouw 264
§ 2. Adoptieve afstamming en gehuwden van gelijk geslacht 265
A. Adoptie door echtgenoten van hetzelfde geslacht is niet mogelijk 265
B. Stiefouderadoptie toch mogelijk? 266
C. Eenouderadoptie is mogelijk 266

HOOFDSTUK IV.
TUSSENBESLUIT 267

HOOFDSTUK V.
OPENSTELLING VAN HET HUWELIJK IN INTERNATIONAAL PERSPECTIEF 268

§ 1. Openstelling van het huwelijk in rechtsvergelijkend perspectief 268

§ 2. Toegang tot het huwelijk in België 269
A. Situering 269
B. De nationaliteit van de aanstaande echtgenoten als cruciale aanknopingsfactor 270
C. Complicaties bij het toepassen van de nationale wet 271
1. Renvoi 271
2. Gelijkwaardige rechtsfiguren? 273
3. Strijdigheid met de Belgische internationaal privaatrechtelijke openbare orde? 274
4. Multipatriden, apatriden en erkende vluchtelingen . . 275
D. Toekomstig Belgisch internationaal privaatrecht? 276
§ 3. Gevolgen van het huwelijk in het buitenland: tweerichtingsverkeer 277
A. Huwelijken aangegaan in het buitenland 278
B. Huwelijken aangegaan in België 279

HOOFDSTUK VI.
BESLUIT 280

DEEL VII
DE WET VAN 21 FEBRUARI 2003 TOT OPRICHTING VAN EEN DIENST VOOR ALIMENTATIEVORDERINGEN
TOM ROBERT 281

HOOFDSTUK I.
INLEIDING 283

§ 1. Situering 283
§ 2. Art. 68*bis* tot 68*quater* O.C.M.W.-wet 284
§ 3. Een nieuwe regeling vanaf 1 september 2004 285

HOOFDSTUK II.
DE WET VAN 21 FEBRUARI 2003 TOT OPRICHTING VAN EEN DIENST VOOR ALIMENTATIEVORDERINGEN BIJ DE FOD FINANCIËN 288

§ 1. Toepassingsgebied 288
A. Onderhoudsgeld verschuldigd aan de kinderen, tussen echtgenoten of tussen samenwonenden 288
1. Aan de kinderen 288
2. Tussen echtgenoten of tussen samenwonenden 290

B. Vastgesteld hetzij door een uitvoerbare gerechtelijke beslissing, hetzij in de overeenkomst voorafgaand aan de echtscheiding of scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming, hetzij in een uitvoerbare minnelijke schikking (art. 2, 1°, a-b Wet Dienst Alimentatievorderingen) 292
§ 2. De tegemoetkoming van de Dienst 297
A. Opdracht van de Dienst 297
B. Voorwaarden voor de tegemoetkoming 299
1. Algemeen 299
2. Niet- of onregelmatige betaling 300
3. Woonplaats of gewone verblijfplaats in België 301
C. Bedrag van de voorschotten 304
D. Bijdrage in de werkingskosten 306
E. Procedure 308
1. Aanvraag 308
2. Kennisgeving van de aanvraag 311
3. De tegemoetkoming wordt niet toegestaan of de Dienst beslist niet (tijdig) (art. 9 Wet Dienst Alimentatievorderingen) 312
4. De tegemoetkoming wordt door de Dienst of de beslagrechter toegestaan 314
F. Meldingsplicht van de meest gerede partij of een derde . 316
G. Einde (art. 11 Wet Dienst Alimentatievorderingen) 317
§ 3. De inning en invordering van de alimentatievordering 319
A. Ten laste van de onderhoudsplichtige 319
1. De aard van het recht van de Dienst (art. 12 Wet Dienst Alimentatievorderingen) 319
2. Wijze van inning en invordering (art. 13-16 Wet Dienst Alimentatievorderingen) 320
3. Beperkingen (art. 16 Wet Dienst Alimentatievorderingen) 321
4. Inlichtingen die door derden moeten worden verstrekt 321
B. Terugvordering ten laste van de onderhoudsgerechtigde 322
§ 4. Ontvangsten en uitgaven met betrekking tot onderhoudsgelden 324
A. Toerekening van de ontvangsten (art. 23 Wet Dienst Alimentatievorderingen) 324
B. Financiële verrichtingen (art. 24-27 Wet Dienst Alimentatievorderingen) 325

§ 5. Fiscale bepalingen (art. 28 Wet Dienst Alimentatie-vorderingen) 326
§ 6. Oprichting van een evaluatiecommissie (art. 29 Wet Dienst Alimentatievorderingen) 326

HOOFDSTUK III.
BESLUIT 328

DEEL VIII
DE WET TOT TOEWIJZING VAN DE GEZINSWONING EN TOT VERZWARING VAN DE STRAFSANCTIES BIJ PARTNERGEWELD
HILDE VANBOCKRIJCK 331

HOOFDSTUK I.
INLEIDING EN HISTORIEK 333

§ 1. Totstandkoming 333
§ 2. Doelstelling 334
§ 3. Toepassingsgebied 335

HOOFDSTUK II.
STRAFRECHTELIJK LUIK 336

§ 1. Verzwaring van de strafrechtelijke sanctie 336
A. De Wet-Lizin: verhoging van de minimumstraf 336
B. De Wet van 28 januari 2003: verhoging van de maximumstraf 337
C. Geen toepassing van het Oostenrijkse model 337
§ 2. Toepassingsgebied 337
A. *Ratione personae*: tegen welke personen 337
1. Echtgenoten en ex-echtgenoten 338
a. Echtgenoten 338
b. Ex-echtgenoten 338
2. Andere partners en ex-partners 339
a. Partners: samenleven en een duurzame affectieve en seksuele relatie hebben 339
b. Ex-partners: samengeleefd hebben en een duurzame affectieve en seksuele relatie gehad hebben 340
B. *Ratione materiae*: met betrekking tot welke misdrijven 340

HOOFDSTUK III.
BURGERRECHTELIJK LUIK 342

Situering 342
§ 1. De voorlopige toewijzing van het genot van de echtelijke respectievelijk gemeenschappelijke verblijfplaats 342
A. Nieuw wettelijk criterium 342
B. Toepassingsgebied 344
1. *Ratione personae*: met betrekking tot welke personen . . 344
a. Gehuwden 344
b. Wettelijk samenwonenden 345
c. Niet ten aanzien van feitelijk samenlevenden . . . 346
d. Niet ten aanzien van de kinderen 347
2. *Ratione materiae*: met betrekking tot welke misdrijven . 347
3. Verzoek van het slachtoffer 349
4. Geen veroordeling van de dader vereist 350
C. Bewijs 350
1. Geen bewijs van vaststaande schuld vereist 350
2. Ernstige aanwijzingen van schuld volstaan 350
D. Taak van de rechter 351
E. Beperking van de beoordelingsbevoegdheid van de rechter 353
1. Voorontwerp van wet 353
2. Advies van de Raad van State 353
3. Uitzonderlijke omstandigheden 354
F. Gevolgen van de voorlopige toewijzing van het genotsrecht 355
1. Afzonderlijke woonst 355
2. Geen financiële repercussies 356
3. Gewijzigde omstandigheden 356
§ 2. De definitieve toewijzing van de gezinswoning 357
A. Aanpassing van het bestaande wettelijke criterium 357
1. De preferentiële toewijzing van de gezinswoning 357
2. De reeds bestaande wettelijke criteria voor de toewijzing 358
3. Het nieuwe wettelijke criterium 359
B. Toepassingsgebied 359
1. *Ratione personae*: met betrekking tot welke personen . . 359
a. De gehuwden 359
b. Niet ten aanzien van de wettelijk samenwonenden en feitelijk samenlevenden 360

2. *Ratione materiae*: met betrekking tot welke gewelddaden 360
3. Verzoek van het slachtoffer vereist 360
4. Rechterlijke uitspraak vereist 361
C. Bewijs: vaststaande schuld is vereist 361
D. Beperking van de beoordelingsbevoegdheid van de rechter/ notaris 362
E. Gevolgen: geen financiële repercussies 363

HOOFDSTUK IV.
INWERKINGTREDING 364

HOOFDSTUK V.
SLOTBEMERKINGEN 365

DEEL IX
DE RECHTSPRAAK VAN HET ARBITRAGEHOF INZAKE FAMILIERECHT (2002-2003)
PROF. DR. PATRICK SENAEVE 367

HOOFDSTUK I.
DE VADERLIJKE ERKENNING VAN BUITENHUWELIJKSE KINDEREN: ARREST VAN 14 MEI 2003: A NEVER ENDING STORY 369

§ 1. Inleiding 369
§ 2. Eerste beweging: van de Code Napoléon tot de Wet van 31 maart 1987 370
§ 3. Tweede beweging: van de Wet van 31 maart 1987 tot de arresten van het Arbitragehof van 21 december 1990 en 8 oktober 1992 370
§ 4. Derde beweging: vanaf de arresten van het Arbitragehof van 21 december 1990 en 8 oktober 1992 372
§ 5. Vierde beweging: sinds het arrest van het Arbitragehof van 14 mei 2003: terug naar af 379
A. Analyse van het arrest van 14 mei 2003 379
B. Beoordeling van het arrest van 14 mei 2003 383
C. Consequenties van het arrest van 14 mei 2003 voor de rechtspraktijk 384
1. Op het niveau van de ambtenaar van de burgerlijke stand en de notaris 384
2. Op het niveau van de vrederechter 385

3. Op het niveau van de rechtbank van eerste aanleg (en van het hof van beroep) 385
4. Overgangsrecht 386
D. Besluit 387

HOOFDSTUK II.
ANDERE RECENTE ARRESTEN VAN HET ARBITRAGEHOF INZAKE FAMILIERECHT 388

§ 1. De onderhoudsuitkeringen na echtscheiding op grond van fout en na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding: arresten van 26 juni 2002 en van 27 november 2002 388
A. Situering 388
B. Gelijkenissen 388
C. Verschilpunten 389
D. Beslissing van het verwijzende rechtscollege 392
§ 2. Het belang van de kinderen bij de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding: arrest van 30 januari 2002 . . . 393
§ 3. De onwijzigbaarheid van de onderhoudsuitkering na echtscheiding door onderlinge toestemming: arrest van 2 juli 2003 395
A. Situering 395
B. De onderhoudsuitkering na echtscheiding door onderlinge toestemming vergeleken met de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van bepaalde feiten 395
C. De onderhoudsuitkering na echtscheiding door onderlinge toestemming vergeleken met de onderhoudsbijdrage voor de kinderen na echtscheiding door onderlinge toestemming 397
§ 4. De termijn van hoger beroep in de procedure tot ontheffing van de minimale huwelijksleeftijd: arrest van 30 januari 2003 398
A. Analyse van het arrest van 30 januari 2003 398
B. Beoordeling van het arrest van 30 januari 2003 399
§ 5. Het onderzoek naar het vaderschap en de toekenning van een rente na dodelijk arbeidsongeval: arrest van 9 januari 2002 403
§ 6. De familienaam van het kind: arrest van 6 november 2002 . . 406
§ 7. Aspecten van het adoptierecht 406
A. Het voorbehouden van een tweede adoptie voor minderjarigen: arrest van 22 januari 2003 406

B. Het ogenblik van het bereiken van de meerderjarigheid door de geadopteerde: arrest van 28 mei 2003 407
§ 8. Nog te verwachten arresten van het Arbitragehof 408

DEEL I
DE REPARATIEWET OUDERLIJK GEZAG EN VOOGDIJ

CHRISTOPH CASTELEIN

Assistent K.U.Leuven

HOOFDSTUK I.
INLEIDING

1. Het ouderlijk gezag is één van de materies uit ons Burgerlijk Wetboek die het vaakst gewijzigd werden in de loop van de bijna 200-jarige geschiedenis van ons B.W.

In de *Code Napoléon* van 1804 was nog sprake van ouderlijke macht; die hoorde toe aan de vader én de moeder met het oog op de vervulling van hun plicht om hun kind kost, onderhoud en opvoeding te verschaffen, maar gedurende het huwelijk oefende alleen de vader de ouderlijke macht uit[1]. Door de wet op de jeugdbescherming van 8 april 1965 en door de Wet van 1 juli 1974 werd de volledige gelijkheid tussen vader en moeder in de uitoefening van het ouderlijk gezag tijdens het huwelijk ingevoerd[2]. Later werd de uitoefening van het ouderlijk gezag losgekoppeld van het huwelijk tussen de ouders (Wet van 31 maart 1987)[3]. De regeling werd ingrijpend gewijzigd door de Wet van 13 april 1995[4]. Ten slotte werd de regeling opnieuw bijgeschaafd door de Voogdijwet van 29 april 2001 en de hier besproken Reparatiewet ouderlijk gezag en voogdij van 13 februari 2003.

2. Het Belgische voogdijrecht werd door de Wet van 29 april 2001 grondig hervormd[5]. Het heette dat een modernisering van dit gezagsinstituut gewenst was om het aan te passen aan de ontwikkelingen van de samenleving, in het bijzonder het veel minder hecht worden van de familiebanden dan in het begin van de 19de eeuw[6]. De belangrijkste hervormingen waren:

- de volledige afschaffing van de instelling van de familieraad;
- het afschaffen van de figuur van de ouder-voogd: voortaan valt de voogdij over minderjarigen slechts open indien beide ouders overleden zijn, wettelijk onbekend zijn, of in de voortdurende onmogelijkheid zijn om het ouderlijk gezag uit te oefenen;
- het vrijwillig karakter van de voogdij;
- uitbreiding van de taken en bevoegdheden van de vrederechter bij de werking van de voogdij.

---

1 P. SENAEVE, "Algemene beschouwingen rond de wet van 13 april 1995", in P. SENAEVE (ed.), *Co-ouderschap en omgangsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, 24.

2 *Ibid.*, 24-25.

3 P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987.

4 Zie P. SENAEVE (ed.), *Co-ouderschap en omgangsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995.

5 Voor een overzicht van de voorafgaande wijzigingen aan het voogdijrecht, zie H. NUYTINCK, *Voogdij over minderjarigen. Een voorstel tot hervorming*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983.

6 P. SENAEVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, II, Leuven, Acco, 6e uitg., 2003, nr. 1222.

HOOFDSTUK II.
DE TOTSTANDKOMING VAN DE WET VAN 13 FEBRUARI 2003

3. Vóór de Wet van 29 april 2001 bepaalde art. 378 B.W. dat door de ouders machtiging gevraagd moest worden aan de rechtbank van eerste aanleg om in naam van de minderjarige bepaalde handelingen te verrichten, met name handelingen waarvoor de voogd zowel machtiging van de familieraad als homologatie van de rechtbank van eerste aanleg nodig had. Deze machtiging werd gevraagd door beide ouders als zij het ouderlijk gezag gezamenlijk uitoefenen of door de ouder die belast is met het ouderlijk gezag ingeval van exclusieve toewijzing van het ouderlijk gezag[7].

De machtigingbehoevende handelingen werden opgesomd in de toenmalige art. 457-458 B.W. en 467 B.W. Ze betroffen het aangaan van een lening voor de minderjarige, het vervreemden of met hypotheek bezwaren van zijn onroerende goederen[8], een beding van onverdeeldheid maken en het aangaan van dadingen over betwiste rechten in naam van de minderjarige[9].

4. De Wet van 29 april 2001[10] wijzigde art. 378 B.W. in die zin, dat de machtiging voortaan aan de vrederechter moet worden gevraagd. Voor de opsomming van machtigingbehoevende handelingen wordt verwezen naar art. 410 B.W. waarin bepaald wordt voor welke handelingen de voogd bijzondere machtiging van de vrederechter moet krijgen[11].

---

7 Indien de minderjarige maar een ouder (meer) had, dan viel een gedeeltelijke voogdij over. Het betrof een voogdijgezag dat beperkt was tot de goederen van de minderjarige en de daaraan gekoppelde vertegenwoordigingsbevoegdheid. Voor alle andere bevoegdheden bleef de minderjarige onder het ouderlijk gezag.

8 De formaliteit van voorafgaande toestemming van de rechtbank was op grond van het arrest van het Hof van Cassatie van 6 mei 1943 (*Pas.* 1943, I, 157) ook toepasselijk op elke vervreemding van roerende goederen.

9 S. MOSSELMANS, "Art. 378 B.W.", in *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 2003, nr. 4 (hierna afgekort als *Comm. Pers.*).

10 Wet van 29 april 2001 houdende wijziging van verschillende wetsbepalingen inzake de voogdij over minderjarigen, *B.S.* 31 mei 2001, met ingang van 1 augustus 2001.

11 Onder voorbehoud van het bepaalde in art. 935, derde lid B.W.

5. Vanuit de praktijk[12] en ook uit de rechtsleer[13] was heel wat kritiek gekomen op deze wijziging. Er werd opgemerkt dat de voogdijregeling door de wetswijziging weliswaar gemoderniseerd werd, maar enkel ten koste van het ouderlijk gezag[14]. De Voogdijwet van 29 april 2001 leidt er weliswaar toe dat het aantal voogdijen aanzienlijk zou dalen, maar daartegenover staat dat het aantal ouders dat machtiging zal behoeven omgekeerd evenredig zal toenemen. Aldus werd gesteld dat de ouders door deze wetswijziging onder voogdij geplaatst worden[15].

6. Deels om aan de voornaamste kritiek tegemoet te komen werd[16]door de senatoren T' SERCLAES en MALMENDIER een wetsvoorstel ingediend tot wijziging van art. 378 B.W. met betrekking tot de handelingen verricht in het raam van het ouderlijk gezag waarvoor de machtiging van de vrederechter vereist is[17]. De opzet van het wetsvoorstel was beperkt tot een wijziging in de regeling van het ouderlijk gezag; bedoeling was de vrijstelling van de ouders van de machtigingsvereiste in geval van optreden in rechte als eiser ten voordele van de minderjarige[18].

7. Door talrijke amenderingen groeide het wetsvoorstel al snel uit tot een Reparatiewet ouderlijk gezag en voogdij, die tegemoet moet komen aan enkele tekortkomingen van de Wet van 29 april 2001[19]. Zoals meestal het geval is, heeft de Reparatiewet een aantal problemen opgelost, andere problemen gecompliceerd, en nog andere punten onopgelost gelaten[20].

---

12 Vooral de Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen uitte gedurende de parlementaire voorbereiding van de Wet van 29 april 2001 meermaals zware kritiek (zie o.m.: *Parl. St.* Kamer, nr. 50-576/9, 16, 18-19, 22-24, 66-68 en 76-77). Ook in de rechtspraak probeert men aan de strenge regels een mouw te passen. Zie Vred. Aarschot 21 februari 2002, *R.W.* 2002-03, 714: de vrederechter mag het belang van de minderjarige slechts marginaal toetsen.

13 Voor een bespreking leze men S. MOSSELMANS, "Werking van de voogdij inzake het vermogen", in P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 148-152, nrs. 339-334.

14 In het wetsvoorstel dat aan de basis lag van de reparatiewet werd letterlijk gemotiveerd dat "ouders krijgen de indruk dat zij de opvoeding van hun kinderen niet meer in handen hebben", *Parl. St.* Senaat, nr. 1058/1, 2. Zie ook motivering bij amendement nr. 3 van mevr. NYSSENS, *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1058, 3-4.

15 A. WYLLEMAN, "De verkoop van roerende en onroerende goederen van minderjarigen", in P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 312-315, in het bijzonder nr. 704 en Kamerlid B. LAEREMANS, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/7, 12.

16 Op 20 februari 2002, dit is minder dan 7 maanden na het inwerkingtreden van de Wet van 29 april 2001 (inw. op 1 augustus 2001).

17 *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1058/1.

18 *Ibid.*, 2.

19 Al bij de eerste amendementen van 12 maart 2002 werd de wet uitgebreid: *Parl. St.* Senaat, nr. 1058-2.

20 W. PINTENS, "De voogdijwet herbekeken. Een eerste toelichting bij de reparatiewet van 13 februari 2003", *T. Vred.* 2003, 123, nr. 1.

8. Het wetsvoorstel betreft een optioneel bicamerale aangelegenheid in de zin van art. 78 G.W. Omdat het initiatief door de Senaat werd genomen, moest de procedure van art. 81 G.W. worden gevolgd. De Senaat keurde aldus het oorspronkelijk wetsvoorstel goed op 25 april 2002[21], en zond het over naar de Kamer[22]. De Kamer amendeerde het overgezonden ontwerp[23], dat bijgevolg opnieuw in de Senaat terechtkwam[24]. Ook de Senaat besliste opnieuw te amenderen[25], zodat het ontwerp definitief goedgekeurd werd door de Kamer op 30 januari 2003[26].

9. De hieruit ontstane Wet van 13 februari 2003 tot wijziging van sommige bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de bescherming van de goederen van de minderjarigen (de Reparatiewet genoemd) werd gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 25 maart 2003, en is, door het ontbreken van bijzondere bepalingen dienaangaande, op 4 april 2003 in werking getreden.

---

21 *Hand.* Senaat 25 april 2002, nr. 2-200 en 2-201.
22 *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1058/5.
23 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/8 en *Hand.* Kamer 7 november 2002.
24 *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1058/6.
25 *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1058/9 en 10, *Hand.* Senaat 21 november 2002.
26 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/14 en 15 en *Hand.* Kamer 30 januari 2003.

HOOFDSTUK III.
REPARATIE INZAKE HET OUDERLIJK GEZAG

§ 1. MACHTIGINGBEHOEVENDE HANDELINGEN

10. Zoals gezegd lag de basis van de Reparatiewet in een wetsvoorstel, ingediend tot wijziging van art. 378 B.W. met betrekking tot de handelingen verricht in het raam van het ouderlijk gezag waarvoor de machtiging van de vrederechter vereist is. De opzet van het wetsvoorstel was beperkt tot het ouderlijk gezag. Bedoeling was de vrijstelling van de ouders van de (hinderlijke) machtigingsvereiste in geval van optreden in rechte als eiser ten voordele van de minderjarige.

De oorspronkelijk voorgestelde tekst strekte ertoe art. 378 B.W. – waarvan de toenmalige tekst een eerste paragraaf zou vormen – aan te vullen met een (nieuwe) tweede paragraaf, luidende:
"§ 2. De verzoeken bedoeld in art. 410, 7° zijn niet onderworpen aan de machtiging bedoeld in § 1. (…)"[27].

11. Uiteindelijk werd het wetsvoorstel meermaals geamendeerd met betrekking tot het aantal handelingen dat machtiging behoeft[28]. De wetgever zocht een evenwicht tussen het principe van volheid van bevoegdheid voor de ouders[29], enerzijds, en de gelijkstelling van de ouders met de voogd, anderzijds.

Zo waren er amendementen die ertoe strekten art. 378 af te schaffen[30], of minstens de verwijzing naar art. 410 B.W. in dat artikel op te heffen[31]. Andere amendementen stelden voor de machtigingbehoevende handelin-

---

27 *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1058/1, 3.

28 Reeds tijdens de bespreking van de Voogdijwet stootte de gelijkstelling van ouders met de voogd op zware kritiek. Zie S. MOSSELMANS, "Art. 378", *Comm. Pers.*, nrs. 28 ev. en de verwijzingen aldaar.

29 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/2, 1. Dit houdt in dat de ouders nooit machtiging zouden moeten vragen, noch in de hypothese dat het ouderlijk gezag wordt uitgeoefend door beide ouders, noch in de hypothese dat slechts één ouder belast is met het ouderlijk gezag.

30 Amendement nr. 1 van G. BOURGEOIS. Dit amendement strekte ertoe artikel 378 B.W. op te heffen. Indiener meent dat ouders met betrekking tot het beheer van goederen nooit om een machtiging zouden moeten vragen omdat dat een te verregaande bevoogding inhoudt van de ouders. Werd ook ingediend als wetsvoorstel van G. BOURGEOIS en K. VAN HOOREBEKE, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1696/1.

31 Amendement nr. 3 van NYSSENS, *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1058/2, 2-4.

gen voor de ouders te beperken[32] door in het nieuwe art. 378 § 1 B.W. te bepalen dat deze machtiging enkel nodig is voor welbepaalde handelingen[33].

12. Het is deze laatste strekking die uiteindelijk de overhand zou krijgen, in deze zin dat besloten werd om in art. 378, § 1, eerste lid uitdrukkelijk een lijst op te nemen van de in art. 410 B.W. bedoelde handelingen waarvoor personen die het ouderlijk gezag uitoefenen machtiging dienen te vragen. Na talrijke amenderingen luidt de uiteindelijk aangenomen versie van art. 378, § 1, eerste lid B.W. als volgt:
"Art. 378. § 1. Onder voorbehoud van het bepaalde in art. 935, derde lid, is de machtiging van de vrederechter vereist om de in art. 410, § 1, 1° tot 6°, 8°, 9° en 11° tot 14° bepaalde handelingen te verrichten waarvoor de voogd bijzondere machtiging van de vrederechter moet verkrijgen."

13. Het is opvallend dat de wetgever, naar eigen zeggen in het belang van het kind, er uiteindelijk voor gekozen heeft het aantal machtigingbehoevende handelingen voor de ouder(s) slechts beperkt te wijzigen[34]. Enkel van de machtigingen zoals voorgeschreven door art. 410, § 1, 7° en 10° B.W. worden de ouders vrijgesteld. Aangezien de wetgever art. 410, § 1, 10° B.W. geschrapt heeft (zie verder, nrs. 62 e.v.), was deze bepaling ook voor de ouders reeds zonder voorwerp geworden. De ouders worden, in vergelijking met de voogd, alleen vrijgesteld van de machtiging voor de vertegenwoordiging in rechte als eiser[35] van hun minderjarig kind. Dit betekent dat de wetgever na talrijke amendementen en discussies uiteindelijk niet verder is geraakt dan hetgeen in het oorspronkelijke wetsvoorstel voorgesteld werd.

---

32 Zo probeerde men onder andere de machtigingen voor de handelingen bepaald in art. 410, § 1, 1°, 5°, 6°, 10°, 12° en 13° af te schaffen (Verslag Barzin I, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/7, 12 ev.).

33 Vanaf amendement nr. 17 van VERHERSTRAETEN, VANDEURZEN en SCHAUVLIEGE, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/4, 1-2. In dit amendement betrof het de handelingen bedoeld in art. 410, § 1, 1°bis, 2°, 3°, 4°, 8°, 9° en 11° B.W. De indieners meenden immers dat het niet zinvol is om de machtigingsvereiste te behouden voor de vervreemding van roerende goederen van de minderjarige, voor de aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving of verwerping van een nalatenschap, algemeen legaat of legaat ten algemene titel, voor de aanvaarding van een schenking of een legaat onder bijzondere titel, voor de voortzetting van een handelszaak en de vervreemding van souvenirs en andere persoonlijk voorwerpen.

34 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/7, 11. De Minister bracht ook aan dat de vrederechters zich niet hadden uitgesproken voor de afschaffing van art. 378 B.W., zoals voorgesteld door G. BOURGEOIS (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/7, 6).

35 Buiten de burgerlijke partijstelling, want daarvoor heeft ook de voogd niet langer machtiging nodig, *cf.* infra nr 60.

Integendeel, er wordt de ouders bovendien een bijkomende machtigingsvereiste opgelegd. Ingevolge de invoering van art. 410, § 1, 14° B.W. werd immers bepaald dat de ouder(s), evenals de voogd, de vrederechter voor de in deze nieuwe bepaling opgesomde handelingen om machtiging moeten verzoeken[36].

14. De wetgever heeft er kennelijk voor geopteerd om de gelijkschakeling van ouders met voogden niet in vraag te stellen en heeft de door de Voogdijwet gemaakte keuzes aldus, minstens stilzwijgend, bevestigd. Het valt te betwijfelen dat de Reparatiewet een definitief antwoord zal bieden op de kritiek dat de ouders te veel gewantrouwd worden. De talrijke amendementen tijdens de parlementaire voorbereiding geven immers aan dat er geen tevredenheid is met de gelijkschakeling van ouders met voogden. Vermoedelijk heeft het parlement zich nog niet voor de laatste maal over deze gevoelige materie gebogen.

§ 2. TERRITORIALE BEVOEGDHEID VAN DE VREDERECHTER

15. De Wet van 29 april 2001 bepaalde inzake de voogdij in art. 390 B.W. en art. 627, 1° Ger.W. duidelijk de territoriale bevoegdheid van de vrederechter (het zgn. voogdijforum). Behoudens hetgeen is bepaald in art. 13, § 2 van de Wet van 31 december 1851 met betrekking tot de consulaten en de consulaire rechtsmacht, behoren de organisatie van en het toezicht op de voogdij tot de bevoegdheid van de vrederechter van de woonplaats van de minderjarige als bepaald bij art. 36 Ger.W. of bij gebreke van woonplaats, tot de bevoegdheid van de vrederechter van de verblijfplaats van de minderjarige.

Daarentegen werd, voor wat betreft de machtigingsbehoevende handelingen voor personen die het ouderlijk gezag uitoefenen, geen territoriale bevoegdheidsregeling voor de vrederechter opgenomen.

16. Om de bedoelde machtiging te bekomen, moet de voogd zich tot de vrederechter wenden door middel van een eenzijdig verzoekschrift in de zin van art. 1026-1034 Ger.W.[37]. Nu is het zo dat, in tegenstelling tot geschillen op tegenspraak (art. 624 Ger.W.), de wetgever geen gemeenrechte-

---

[36] Oorspronkelijk was de wetgever vergeten te verwijzen naar art. 410, § 1, 14° B.W. Het gevolg zou geweest zijn dat de ouders de vrijgave van bepaalde onbeschikbare geldsommen niet zouden kunnen vragen, terwijl de voogd dat wel zou kunnen. Deze anomalie werd rechtgezet dankzij amendement nr. 34 van F. ERDMAN, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/12, 2-3.

[37] Onder voorbehoud van het in art. 1232 Ger.W. bepaalde.

lijke bepalingen heeft aangenomen voor de territoriale bevoegdheid op eenzijdig verzoekschrift.[38]

17. De rechtsleer ter zake was verdeeld in twee strekkingen.

Volgens een eerste strekking moest, bij gebreke van een uitdrukkelijke wettelijke regeling, worden aangenomen dat het gemeen recht deze situatie beheerste[39]. Verdedigd werd, dat in de regel de rechter van de woonplaats van de ouders of van de verzoekende ouder territoriaal bevoegd was om van het machtigingsverzoek kennis te nemen[40]. Daarvan wordt enkel afgeweken als de wet het uitdrukkelijk bepaalt, zoals bij de rechtshandelingen die zakelijke rechten op onroerende goederen betreffen. Zo zal voor de machtiging die betrekking heeft op onroerende goederen die voortkomen uit een nalatenschap overeenkomstig art. 627, 3° Ger.W., de vrederechter van de plaats waar de nalatenschap is opengevallen de territoriaal bevoegde rechter zijn. Voor andere onroerende goederen is krachtens art. 629, 1° Ger.W. de vrederechter van de ligging van het goed bevoegd.

Een tweede strekking nam aan dat de vordering, los van andersluidende wettelijke bepalingen, moest worden ingeleid voor de rechter van de burgerlijke woonplaats van de minderjarige[41], daar het B.W. inzake het ouderlijk gezag geen verwijzing bevat naar het Ger.W.[42]. Territoriaal bevoegd is dus de vrederechter van de woonplaats van het kind in de zin van art. 108,

---

38 S. MOSSELMANS, "art. 378", *Comm. Pers.*, nr. 7.

39 *Contra*, maar ten onrechte, de vrederechter van Kortrijk die oordeelt dat bij ontstentenis aan wetsbepaling die toelaat vast te stellen welke vrederechter bevoegd is, de ouders zonder machtiging van de vrederechter kunnen optreden (tot de wetgever in een bepaling voorziet): Vred. Kortrijk, 31 januari 2002, *T. Vred.* 2003, ter perse. Zie ook F. SWENNEN, "Ouderlijk gezag en voogdij. Recente en komende wetgeving", in C.B.R. (ed.), *Jongeren en Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 63, nr. 119, die verwijst naar Vred. 2de kanton Kortrijk 26 november 2001 en 21 januari 2002, niet gepubliceerd.

40 H. CASMAN, "La loi du 18 février 1981 modifiant le Code judiciaire en matière de certaines ventes d'immeubles", *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 267 en P. SENAEVE, "Art. 378 B.W.", in *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 1987, 5, nr. 7 (hierna afgekort als *Comm. Pers.*).

41 S. MOSSELMANS, "art. 378", *Comm. Pers.*, nr. 8 en W. PINTENS, *l.c.*, *T. Vred.* 2003, 123, nr. 3.

42 Sommige auteurs verdedigden dat uit de verwijzing in art. 50 § 2 B.W. naar art. 390 Ger.W. voortvloeit dat de territoriale bevoegdheidsregels inzake voogdij naar analogie toegepast kunnen worden op het ouderlijk gezag: A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 103, nr. 248 en F. SWENNEN en K. JANSSENS, "Het nieuwe voogdijrecht", *R.W.* 2001-2002, 19, nr. 96. Voor een toepassing in de rechtspraak: Arrondrb. Luik 22 november 2001, *J.L.M.B.* 2003, 417 die oordeelt dat gezien het parallellisme tussen de machtigingbehoevende handelingen het ook logisch lijkt dat parallellisme eveneens door te trekken in het raam van de nieuwe regels, ook inzake bevoegdheid.

eerste lid B.W.[43], of bij gebreke daarvan, de vrederechter van de verblijfplaats van het kind.

18. Op verzoek van het Koninklijk Verbond van Vrederechters en Politierechters diende de regering een amendement in op het oorspronkelijke wetsvoorstel met als bedoeling de territoriale bevoegdheid van de vrederechter uitdrukkelijk in de wet te verankeren[44]. Het overleg tussen de vrederechters en de regering moest ertoe leiden een passende oplossing te vinden voor de verwijzingen en de werkelijke "ping pong" tussen de verschillende vredegerechten op grond van de regels van territoriale bevoegdheid. De regeling moet een oplossing bieden om een einde te stellen aan het tijdverlies dat deze verwijzingen meebrengen voor de rechtzoekenden[45].

19. Daartoe werd in de Reparatiewet een bevoegheidsregeling opgenomen die een cascadesysteem bevat[46]. Krachtens het nieuwe art. 378, § 1, tweede en derde lid B.W. is bevoegd:

- de vrederechter van de woonplaats in België van de minderjarige, en bij ontstentenis daarvan,
- de vrederechter van de verblijfplaats in België van de minderjarige, en bij ontstentenis daarvan,
- de vrederechter van de laatste gemeenschappelijke woonplaats in België van de ouders of in voorkomend geval, die van de laatste woonplaats in België van de ouder die het ouderlijk gezag alleen uitoefent[47], en bij ontstentenis daarvan,
- de vrederechter van de laatste gemeenschappelijke verblijfplaats in België van de ouders of in voorkomend geval, die van de laatste verblijfplaats in België van de ouder die het ouderlijk gezag alleen uitoefent.

---

43 H. CASMAN en J.P. MASSON, "La nouvelle législation sur la tutelle", *Rev. trim. dr. fam.* 2002, 49, nr. 38; M. VERRYCKEN, "De nieuwe voogdijwet: een eerste verkenning", *T.P.R.* 2001, 1533, nr. 163 en M. VERRYCKEN, "De toepassing van de wetten van 27 maart en 29 april 2001", in C.B.R. (ed.), *Jongeren en Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 76.

44 Amendement nr. 4, ingediend door de regering, *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1058/2, 5 en Verslag namens de Commissie Justitie van de Senaat, uitgebracht door de heer MAHOUX, *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1058/3, 2.

45 *Parl. St.* Senaat, nr. 1058/3, 5.

46 G. BOURGEOIS stelde dat het cascadesysteem voor de territoriale bevoegdheid overbodig is. Hij meende dat het, naar analogie van de regels inzake de voogdij (art. 627, 1° Ger.W.), volstond om te verwijzen naar de vrederechter van de woonplaats van de minderjarige, of bij gebrek daaraan, van zijn verblijfplaats (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/2, 3).

47 De hypothese van de enige ouder was in het oorspronkelijke regeringsamendement niet geregeld, maar werd ingevoegd bij amendement van VERHERSTRAETEN, VANDEURZEN en SCHAUVLIEGE, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/4, 3.

20. Deze nieuwe bevoegdheidsregeling is een algemene bevoegdheidsregeling, ten opzichte van dewelke bepaalde bijzondere bevoegdheidsregelingen een uitzondering bepalen[48]. De uitzonderingen die reeds bestonden op de gemeenrechtelijke territoriale bevoegdheid van de vrederechter inzake de rechtshandelingen die zakelijke rechten op onroerende goederen betreffen (art. 629, 1° Ger.W. en art. 627, 4° Ger.W.) blijven onverkort bestaan.

Krachtens het nieuwe 378, § 1, tweede lid B.W. wordt er, naar analogie van het voogdijforum voor de voogdij, een forum van het ouderlijk gezag gecreëerd, zodat de ouders hun vorderingen moeten inleiden bij de vrederechter die bevoegd is krachtens het nieuwe cascadesysteem, ook al betreft het een vordering waarvoor het Ger.W. een bijzondere bevoegdheid vooropstelt[49].

21. Opvallend is dat, hoewel de territoriale bevoegdheid gesteund is op de bestaande regels voor de voogdij, er op verscheidene vlakken afgeweken wordt van de aldaar bepaalde regels.

Ten eerste is de cascaderegeling veel uitgebreider dan wat inzake voogdij bepaald is. In tegenstelling tot de Voogdijwet wordt voor de minderjarige die geen woon- of verblijfplaats heeft te België niet de vrederechter van het eerste kanton van Brussel bevoegd verklaard[50], maar wel de vrederechter van de laatste woon- of verblijfplaats te België.

Ten tweede wordt, in tegenstelling tot de voogdij[51], niet verwezen naar de woon- en verblijfplaats in de zin van art. 36 Ger.W. Daardoor mag worden aangenomen dat impliciet wordt verwezen naar de burgerrechtelijke[52] woon-en verblijfplaats, zodat met woonplaats niet wordt bedoeld de plaats waar de persoon in de bevolkingsregisters is ingeschreven als hebbende daar zijn hoofdverblijf, en met verblijfplaats niet wordt bedoeld iedere andere vestiging[53].

---

48 W. PINTENS, *l.c.*, *T. Vred.* 2003, 126, nr. 6.

49 *Ibid.*, nr. 6 die er terecht op wijst dat deze regeling enkel geldt voor ouders, en bijvoorbeeld niet voor bekwame deelgenoten in een onverdeeldheid. Zie ook S. MOSSELMANS, "art. 378", *Comm. Pers.*, nr. 13.

50 Art. 13, § 2 van de Wet van 31 december 1851 met betrekking tot de consulaten en de consulaire rechtsmacht.

51 Zie art. 390, eerste lid B.W.

52 Art. 102 e.v. B.W.

53 Zie ook S. MOSSELMANS, "art. 378", *Comm. Pers.*, nr. 10.

Ingevolge art. 108 B.W. heeft de niet-ontvoogde minderjarige zijn burgerrechtelijke *woonplaats* in de gezamenlijke verblijfplaats van zijn ouders, of, indien zijn niet samenleven, in de verblijfplaats van één van beiden[54]. De wet bepaalt niet over welke ouder het in dit laatste geval gaat. Er wordt aangenomen dat in geval van exclusieve toewijzing van het ouderlijk gezag aan een van de ouders[55], het kind bij deze ouder woonplaats heeft[56]. Oefenen de niet-samenlevende ouders gezamenlijk het ouderlijk gezag uit[57], dan is er een lacune in de wetgeving en kan worden gekozen tussen de verblijfplaats van iedere ouder[58].

Waar de burgerrechtelijke *verblijfplaats* van de minderjarige zich bevindt, wordt niet uitdrukkelijk in het B.W. bepaald. Er mag worden aangenomen dat een minderjarige verblijft bij de ouder(s) die het gezag over zijn persoon uitoefenen, of op de plaats die deze heeft aangewezen[59].

Ten slotte werden de bevoegdheidsregels alleen in het Burgerlijk Wetboek opgenomen[60] en niet in het Gerechtelijk Wetboek zoals het geval is voor de voogdij[61].

Dit gebrek aan consistentie tussen beide beschermingsstatuten moet betreurd worden.

22. De wetgever was er zich bovendien van bewust dat de cascaderegeling op zich geen oplossing bood voor elke mogelijke situatie. Daarom werd bepaald dat, in bet belang van de minderjarige, de met toepassing van de cascaderegeling bevoegde vrederechter, in een met reden omklede beschikking, kan beslissen om "het dossier" over te zenden aan de vrederechter van het kanton waar de minderjarige op duurzame wijze zijn hoofdverblijfplaats heeft gevestigd[62]. Deze beslissing is bindend voor de vrederechter aan wie het dossier wordt overgezonden.

---

54 We spreken van een afgeleide opgelegde woonplaats: P. SENAEVE, *Compendium*, I, nr. 314.

55 Art. 374, tweede lid B.W.

56 P. SENAEVE, *Compendium*, I, nr. 316, 2°.

57 Art. 374, eerste lid B.W., systeem van co-ouderschap.

58 S. MOSSELMANS, "art. 378", *Comm. Pers.*, nr. 10 en W. PINTENS, *l.c.*, *T. Vred.* 2003, nr. 4, p. 125-126.

59 P. SENAEVE, *Compendium*, I, nr. 335.

60 Er werd in de parlementaire voorbereiding opgemerkt dat hier procedurerecht in het B.W. ingeschreven wordt, waar dat eigenlijk in het Ger.W. thuishoort (opmerking NYSSENS, *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1058/ 3, 7 en amendement nr. 2 en nr. 3 van G. BOURGEOIS, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/2, 3-4 en Verslag namens de Commissie Justitie van de Kamer, uitgebracht door mevr. BARZIN, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/7, 22).

61 Art. 390 B.W. en art. 627, 1° Ger.W.

62 Analogie met art. 390 B.W. inzake de voogdij.

Naar analogie van het voogdijdossier[63] zal op de vredegerechten ook een dossier worden bijgehouden voor minderjarigen onder ouderlijk gezag[64]. De met toepassing van de cascaderegeling bevoegde vrederechter zal voortaan "het dossier" mogen overzenden naar de vrederechter van het kanton waar de minderjarige zijn hoofdverblijfplaats heeft gevestigd. De vraag rijst of de overzending het hele procesdossier van de minderjarige kan betreffen, dan wel verzoek per verzoek dient te gebeuren. Doordat de wetgever uitdrukkelijk de territoriale bevoegdheid in de wet heeft opgenomen, mag ervan worden uitgegaan dat deze bepalingen een algemene regel stellen, waarvan enkel verzoek per verzoek van afgeweken kan worden[65].

§ 3. BELANGENTEGENSTELLING TUSSEN OUDERS EN KIND EN TUSSEN OUDERS ONDERLING

A. Belangentegenstelling tussen ouders en kind

1. Art. 376, § 1, zesde lid B.W.

23. Het nieuwe art. 378, § 1, zesde lid B.W. bepaalt dat in geval van belangentegenstelling tussen het kind en zijn ouders door de vrederechter hetzij op verzoek van enige belanghebbende, hetzij ambtshalve een voogd *ad hoc* wordt aangewezen.

24. Onder het oude recht werd algemeen aangenomen dat het enkel mogelijk was om een voogd *ad hoc* aan te duiden ingeval er belangentegenstelling bestond tussen enerzijds het kind en anderzijds zijn beide ouders[66]. Ingeval van belangentegenstelling tussen slechts één van beide ouders en het kind kan de andere ouder het kind immers rechtsgeldig vertegenwoordigen, en is de aanduiding van een voogd *ad hoc* niet nodig, en derhalve niet mogelijk[67]. Er werd aangenomen dat er geen reden was om onder de

---

63 Art. 1237 Ger.W. De wet spreekt van procesdossier.

64 F. SWENNEN, "Ouderlijk gezag en voogdij. Recente en komende wetgeving", in C.B.R. (ed.), *Jongeren en Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 63, nr. 119.

65 *Ibid.*, 63, nr. 119.

66 P. SENAEVE, *Comm. Pers.*, nr. 28.

67 *Ibid.*, nr. 28; J. GERLO, "De persoonsrechtelijke gevolgen van het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, nr. 368. P. SENAEVE, "Art. 378", *Comm. Pers.*, 1987, 13, nr.28. *Contra* G. VAN OOSTERWIJCK, "Ouderlijk gezag, minderjarigheid, voogdij en ontvoogding", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, Story-Scientia, 1987, nr. 291.

gelding van de Wet van 29 april 2001 een andere houding aan te nemen[68]. Hetzelfde mag ook na de Reparatiewet aangenomen worden.

Uiteraard moet, naar analogie van wat werd verdedigd naar aanleiding van de Wet van 29 april 2001[69], worden aangenomen dat ook in geval van belangentegenstelling tussen het kind en zijn enige ouder de vrederechter een voogd *ad hoc* aanstelt[70].

25. Niettegenstaande desbetreffende bepaling het zesde lid uitmaakt van art. 378 § 1 B.W., is het toepassingsgebied ervan geenszins beperkt tot handelingen waarvoor de ouders overeenkomstig deze paragraaf machtiging van de vrederechter behoeven. Dit is een logisch gevolg van de opeenvolgende wetswijzigingen die het artikel heeft ondergaan.

Reeds vóór de Wet van 29 april 2001 bevatte het toenmalige art. 378, derde lid B.W. de mogelijkheid tot aanduiding van een voogd *ad hoc* ingeval van belangentegenstelling tussen ouders en kind. De voogd *ad hoc* werd door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg aangewezen, op verzoek van enige belanghebbende en desnoods van de procureur des Konings. Ook toen werd verdedigd dat het toepassingsgebied van deze bepaling geenszins beperkt was tot handelingen waarvoor de ouders machtiging behoefden, maar eveneens alle rechtshandelingen en gerechtelijke procedures betreft[71].

De Wet van 29 april 2001 wijzigde art. 378, derde lid B.W. Enerzijds werd de bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg overgeheveld naar vrederechter. De wetgever achtte het logisch dat als de vrederechter *ratione materiae* de bevoegdheid krijgt om bepaalde handelingen te machtigen, hem ook de bevoegdheid moet worden gegeven een voogd *ad hoc* aan te wijzen ingeval van belangentegenstelling tussen ouders en kind[72]. Anderzijds wordt de voogd *ad hoc* voortaan hetzij op verzoek van enig belanghebbende, hetzij ambtshalve door de vrederechter

---

68 P. SENAEVE, "Werking van de voogdij inzake de persoon", in P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 90, nr. 231. Voor een toepassing in de rechtspraak leze men Vred. Roeselare 3 oktober 2002, *R.W.* 2002-2003, 1314.

69 *Ibid.*, 91, nr. 232.

70 Voor een voorbeeld zie Vred. Roeselare 3 oktober 2002, *R.W.* 2002-2003, 1314 (moeder die haar kind moest dagvaarden in hoedanigheid van rechtsopvolger van de overleden vader).

71 P. SENAEVE, *Comm. Pers.*, 10, nr. 20 en P. SENAEVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, nr. 1402.

72 Amendement nr. 14 van de heer VANDENBERGHE, *Parl. St.* Senaat, nr. 2-509/2 en *Parl. St.* Senaat, nr. 2-509/6, 19.

aangewezen. Dit betekent dat de bevoegdheid van de procureur des Konings niet langer uitdrukkelijk in de wet werd opgenomen[73, 74], wat men wou opvangen door de vrederechter de bevoegdheid te geven voortaan ook ambtshalve de belangentegenstelling op te werpen. De Reparatiewet wijzigde deze tekst niet.

26. Onder de gelding van de Wet van 29 april 2001 werd aangenomen dat er geen reden was ter zake een andere houding aan te nemen[75]. Hetzelfde mag ook na de Reparatiewet aangenomen worden. Bijgevolg is het zesde lid van art. 378 § 1 B.W. geenszins beperkt tot handelingen waarvoor de ouders overeenkomstig diezelfde paragraaf machtiging van de vrederechter behoeven. Ook in elk geval waarin een (niet machtigingbehoevende) vermogensrechtelijke rechtshandeling moet worden gesteld waarbij de ouders de minderjarige dienen te vertegenwoordigen, kan de vrederechter op basis van deze bepaling een voogd *ad hoc* aanstellen[76].

27. Aangezien de betreffende bepaling deel uitmaakt van afdeling 2 over de goederen van het kind, is het toepassingsgebied ervan beperkt is tot de rechtshandelingen en de rechtsvorderingen inzake de goederen van de minderjarige, met inbegrip van deze inzake het ouderlijk vruchtgenot over de goederen[77]. Zo kan art. 378, § 1, zesde lid B.W. niet toegepast worden inzake vorderingen van staat waarbij er belangentegenstelling zou bestaan tussen het kind en zijn ouders; in geval van vorderingen met betrekking tot de afstamming biedt art. 331*sexies* B.W. een oplossing. Inzake het beschikken over loon van een minderjarige biedt art. 45 Arbeidsovereenkomstenwet een uitweg in de vorm van de aanstelling door de jeugdrechtbank van een bijzondere voogd met als taak over dit loon te beschikken voor de behoeften van de minderjarige. Evenmin kan de bepaling worden ingeroepen namens de minderjarige om een vordering tot levensonderhoud in te stellen tegen zijn ouders[78].

---

73 Met als argument dat bij de vrederechter geen Openbaar Ministerie functioneert: *Parl. St.* Senaat, nr. 2-509/6, 19.

74 Natuurlijk kan het Openbaar Ministerie beschouwd worden als belanghebbende om de belangentegenstelling voor de vrederechter op te werpen. Bovendien kan het O.M. ingeval van volstrekte noodzakelijkheid op grond van art. 584, derde en vierde lid Ger.W. bij de Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg de aanstelling van een voogd *ad hoc* vorderen. Voor dit laatste zie P. SENAEVE, "De werking van de voogdij inzake de persoon", in P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 90, nr. 229.

75 Impliciet P. SENAEVE, *Compendium*, II, nr. 1401-1402.

76 Vred. Roeselare 3 oktober 2002, *R.W.* 2002-2003, 1314.

77 Zie voor het oude recht P. SENAEVE, "Art. 378", *Comm. Pers.*, 10, nr. 20.

78 *Contra* J. GERLO, 1987, 244, noot 66.

2. Art. 378, § 2 B.W.

28. Het nieuwe art. 378, § 2 B.W. bepaalt dat in geval van belangentegenstelling tussen de minderjarige en zijn ouders, door de rechter bij wie de zaak aanhangig is, hetzij op verzoek van enig belanghebbende[79], hetzij ambtshalve, een voogd *ad hoc* aangewezen wordt.

Hoewel deze bepaling onmiddellijk volgt na de zinsnede die door een verwijzing naar art. 410, § 1, 7° B.W. bevestigt dat voor het optreden in rechte als eiser voor een minderjarige geen rechtelijke machtiging nodig is, mag de bepaling niet tot dat specifieke geval beperkt worden. Deze regeling moet zo begrepen worden dat voor elk optreden in rechte, als eiser of als verweerder, de rechter bij wie de zaak aanhangig is een voogd *ad hoc* kan aanstellen ingeval van belangentegenstelling tussen ouders en kind.

B. Belangentegenstelling tussen de ouders onderling

1. Situatie vóór de Reparatiewet

29. Ingeval van co-ouderschap bepaalt art. 376 B.W. dat wanneer de ouders het gezag over de persoon van het kind gezamenlijk uitoefenen, zij ook gezamenlijk zijn goederen beheren en gezamenlijk als vertegenwoordiger optreden. Ten opzichte van derden die te goeder trouw zijn, wordt elke ouder geacht te handelen met instemming van de andere ouder, wanneer hij, alleen, een daad van beheer van de goederen van het kind stelt, behoudens de bij de wet bepaalde uitzonderingen. Volgens een letterlijke lezing van de wet geldt het vermoeden van instemming alleen voor elke daad van beheer die door een ouder alleen wordt gesteld[80].

Dit heeft tot gevolg dat de ouders, steeds beiden dienen op te treden om materiële rechtshandelingen (die daden van beschikking zijn) alsook de respectievelijke proceshandelingen te stellen[81].

---

79 Oorspronkelijk was niet bepaald dat iedere belanghebbende de aanstelling van een voogd *ad hoc* zou kunnen vorderen. Om de analogie met art. 378, § 1, zesde lid B.W. te bewaren werd een amendement goedgekeurd dat dit rechttrok (amendement nr. 25 van F. ERDMAN, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/5, 1).

80 Zie ook B. POELMANS, "De nieuwe regeling van het ouderlijk gezag", in P. SENAEVE (ed.), *Co-ouderschap en overgangsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, 113 ev.

81 S. MOSSELMANS, "Werking van de voogdij inzake het vermogen" in P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 145, nr. 322 en P. SENAEVE, *Compendium*, II, nr. 1083.

30. De weigering van één van de ouders om de machtiging[82], vereist op basis van art. 378 B.W., te verzoeken en/of het verstek van één van de ouders in deze procedure vormde op zich evenwel geen probleem. Dit verzoek om machtiging wordt immers door de ouders in eigen hoedanigheid ingediend, zodat het niet gaat om een vertegenwoordiging van de minderjarige[83]. In verband met het verzoek om machtiging bepaalde de toenmalige tekst van art. 378, tweede lid B.W. bovendien, analoog met de huidige regeling, dat de vrederechter, in geval het verzoek door slechts één ouder aanhangig was gemaakt, de andere ouder hoort of minstens per gerechtsbrief oproept, en dat deze door die oproeping partij wordt in het geding[84].

31. (Oud) art. 378 B.W. bepaalde niets over het lot van de machtiging wanneer een van de ouders weigerde mee te werken aan de handeling waarvoor machtiging werd verleend. Uit de tekst van art. 376, tweede lid B.W. volgt dat beide ouders bij het verrichten van de handeling, waarvoor machtiging werd gevraagd, wel gezamenlijk dienen op te treden, omdat zij dan optreden als vertegenwoordiger van hun kind[85].

32. Naast dit specifieke geval was er ook nog de situatie waarbij ouders voor niet machtigingbehoevende handelingen tegengestelde belangen hadden.

33. Hoewel in art. 376 B.W. niet verwezen wordt naar art. 373, derde en vierde lid B.W., en een gelijkaardige regeling ook niet opgenomen wordt in de tekst van het artikel[86], werd toch aanvaard dat inzake het beheer en de vertegenwoordigingsbevoegdheid, de ouders de mogelijkheid moeten hebben zich te wenden tot de jeugdrechtbank, ofwel omdat ze het niet eens kunnen worden omtrent een nog te stellen handeling, ofwel omdat één ouder een handeling heeft gesteld waarmee de andere niet akkoord kan gaan[87]. De jeugdrechtbank kon dan één van de ouders machtigen om,

---

82 Vóór de Wet van 29 april 2001 van de rechtbank van eerste aanleg, daarna van de vrederechter.

83 B. POELMANS, *l.c.*, in P. SENAEVE (ed.), *Co-ouderschap en overgangsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, nr. 202, p. 120 en P. SENAEVE, *Comm. Pers.*, art. 378-6, 9.

84 Indien de uitoefening van het ouderlijk gezag krachtens art. 374, tweede lid B.W. aan één ouder exclusief werd opgedragen, kan enkel deze het verzoekschrift indienen: A. HEYVAERT, *o.c.*, nr. 246; J. Gerlo, *Personen- en Familierecht*, II, Brugge, Die Keure, 2000, nr. 767 en F. SWENNEN en K. JANSSENS, *l.c.*, 19, nr. 96.

85 B. POELMANS, *l.c.*, in P. SENAEVE (ed.), *Co-ouderschap en overgangsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, nr. 202, p. 120.

86 Wel is bepaald dat de ouder die niet de bevoegdheden van het ouderlijk gezag uitoefent zich, in het belang van het kind, tot de jeugdrechtbank kan wenden.

87 B. POELMANS, *l.c.*, in P. SENAEVE (ed.), *Co-ouderschap en overgangsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, nr. 208, p. 122.

alleen, één of meer welomschreven handelingen te stellen of beslissingen te nemen[88]. Aldus bestond zowel voor het uitvoeren van een reeds gemachtigde handeling als voor het uitvoeren van een niet machtigingbehoevende handeling reeds vóór de wetswijziging de mogelijkheid om door de jeugdrechtbank gemachtigd te worden om alleen over te gaan tot de handeling.

2. Wijzigingen door de Reparatiewet

34. Op verzoek van de vrederechters werd in art. 378, § 1, vijfde lid B.W. geschreven dat ingeval van belangentegenstelling tussen de beide ouders, dit is wanneer zij het niet eens zijn over de te stellen handeling, of wanneer één van hen verstek laat gaan, de vrederechter één van de ouders kan machtigen om de handeling, waarvoor machtiging wordt verzocht, alleen te verrichten[89]. Er werd niet in een uitdrukkelijke regeling voorzien voor het geval de belangentegenstelling die tussen beide ouders ontstaat naar aanleiding van het optreden in rechte voor de minderjarige.

35. Tijdens de parlementaire voorbereiding stelde men zich vragen over de meerwaarde van deze bepaling. Ook vóór de invoeging van art. 378, § 1, vijfde lid B.W. leek de wet reeds een oplossing te bevatten voor het geval van belangtegenstelling tussen ouders[90]. Uiteindelijk werd gesteld dat dit amendement tot stand komt op uitdrukkelijk verzoek van de vrederechters, en dat dit standpunt, ingegeven door de praktijk gerespecteerd moet worden[91].

36. Een duidelijk voordeel van de nieuwe bepaling is alvast dat dezelfde rechter (de vrederechter) bevoegd is voor het verlenen van machtiging én voor het machtigen van één van de ouders om alleen over te gaan tot de uitvoering van de gemachtigde handeling, zodat één rechtsingang volstaat. Vanuit rechtseconomisch standpunt is dit zeker verkieselijk boven de oude regel waar de rechtbank van eerste aanleg, en sinds 29 april 2001, de vrederechter de machtiging verleent, en waar nadien eventueel nog de jeugdrechtbank gevat moest worden om het alleenoptreden van een ouder te machtigen.

37. De vraag rijst nu of de oude regeling ook naar huidig recht van belang blijft. De tekst van de wet staat de vrederechter namelijk niet toe om *in elk*

---

88 P. SENAEVE, *Compendium*, II, nr. 1088.

89 *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1058/2, 5.

90 Senator T' SERCLAES merkte dit terecht op toen ze zich vragen stelde bij het nut van dit regeringsamendement (*Parl. St.* Senaat, nr. 2-1058/3, 6).

91 *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1058/3, 6.

geval één van de ouders te machtigen de handeling desnoods afzonderlijk te stellen. Nieuw art. 378, § 1, vijfde lid B.W. bepaalt dat de vrederechter één van de ouders machtiging kan verlenen om, alleen, de handeling te verrichten waarvoor om de machtiging wordt verzocht, ingeval van belangentegenstelling tussen beide ouders, of wanneer één van de ouders verstek laat gaan. De tekst biedt dus geen soelaas in geval van belangentegenstelling die tussen de ouders ontstaat nadat machtiging werd verleend, of in geval van stilzitten na de machtiging (dit is als één van de ouders weigert mee te werken aan de uitvoering van de gemachtigde handeling).

38. Bovendien is het niet duidelijk of het aldus gewijzigde art. 378, § 1, vijfde lid B.W. van belang is voor gevallen waar voor niet machtigingbehoevende handelingen tussen de ouders een belangentegenstelling ontstaat.

39. Welke rechter is in beide gevallen materieel bevoegd?

Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat het de bedoeling was om de vrederechter, naar analogie van zijn taken inzake voogdij, bevoegd te maken voor alles wat het beheer van de goederen van de minderjarige betreft. Er werd gesteld dat de vrederechter daar de natuurlijke rechter voor is. Daartoe werd een amendement ingediend dat ertoe strekte in art. 387*bis* B.W. de jeugdrechtbank te vervangen door de vrederechter[92]. Dit amendement werd in de Kamercommissie voor de Justitie met eenparigheid goedgekeurd[93].

Bepaalde senatoren vreesden echter terecht dat door de bijzonder ongelukkige formulering ervan niet alleen de bevoegdheid over de *goederen* van de minderjarige, maar ook die over diens *persoon* aan de vrederechter overgedragen zou worden, zodat de jeugdrechter zijn belangrijkste burgerrechtelijke bevoegdheid zou verliezen[94]. Aldus heeft men, in plaats van een en ander te herformuleren, het amendement gewoon geschrapt[95].

Inzake het toepassingsgebied van art. 378, § 1, eerste lid B.W. werd reeds gepleit voor een ruime materiële bevoegdheid voor de vrederechter in geval van belangentegenstelling tussen de ouders en het kind. Naar

---

92 Amendement nr. 23 van VERHERSTRAETEN, VANDEURZEN en SCHAUVLIEGE, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/4, 4.

93 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/7, 24.

94 W. PINTENS, *l.c.*, *T. Vred.* 2003, 127, nr. 7 stelt dat dit, gelet op de parlementaire voorbereiding en het niet wijzigen van art. 373, derde lid, 374, vierde lid en 375*bis* B.W. niet het geval geweest zou zijn, en dat perfect verdedigd kon worden dat na de jeugdrechter bevoegd bleef inzake de persoon van de minderjarige.

95 *Hand.* Senaat, nr. 2-243, 34.

analogie daarvan lijkt het logisch te verdedigen dat ook hier de bevoegdheid van de vrederechter ruim opgevat moet worden.

40. Artikel 378, § 1, vijfde lid B.W. is dus, net zoals het zesde lid, een bepaling die weliswaar werd opgenomen in het artikel dat de machtigingbehoevende handelingen vastlegt, maar waarvan het toepassingsgebied geenszins daartoe beperkt is. De bevoegdheid van de vrederechter één van de ouders te machtigen om alleen op te treden, moet worden aanvaard voor elk geval waarin voor een te stellen rechtshandeling of een te voeren procedure de ouders tegengestelde belangen hebben[96]. Artikel 378, § 1, vijfde lid B.W. vormt aldus de tegenhanger van art. 373, derde en vierde lid B.W. inzake de *persoon* van de minderjarige.

Concreet betekent dit onder andere dat ingeval van belangentegenstelling ontstaan nadat de vrederechter een handeling had gemachtigd, alsook ingeval van belangentegenstelling inzake niet machtigingbehoevende handelingen de vrederechter op basis van art. 378, § 1, vijfde lid B.W. verzocht kan worden het alleenoptreden van één ouder te machtigen.

41. Dat de vrederechter bevoegd is om in geval van belangenconflict één ouder te machtigen de handeling alleen te stellen, heeft ook voordelen indien de vrederechter op datzelfde ogenblik een belangentegenstelling tussen ouders en kind vaststelt. Hij kan dan ook een voogd *ad hoc* aanstellen. Neem als voorbeeld de burgerlijke partijstelling voor de onderzoeksrechter. Ouders hebben hiervoor ingevolge de wijziging van art. 378 B.W. geen machtiging van de vrederechter meer nodig. Als één van de ouders zich in hoedanigheid van vertegenwoordiger van de minderjarige burgerlijke partij wil stellen, moet hij wel eerst gemachtigd worden om alleen op te treden (immers gezamenlijk optreden is krachtens 376 B.W. de wettelijke regel). Deze ouder kan m.i. op basis van 378, § 1, vijfde lid B.W. de vrederechter vatten. Stelt de vrederechter belangentegenstelling vast tussen de ouders en de minderjarige, dan kan hij een voogd *ad hoc* aanstellen.

De tegenovergestelde visie, die zou steunen op een letterlijke interpretatie van de tekst van de wet, zou tot het absurde resultaat leiden dat als belangentegenstelling tussen de ouders onderling en tussen de ouders en het kind wordt vastgesteld, de jeugdrechter het optreden van één ouder moet machtigen, en de vrederechter de voogd *ad hoc* moet aanstellen. Ook de onderzoeksrechter uit ons voorbeeld kan de voogd *ad hoc* niet aanstellen.

---

96 *Contra* W. PINTENS, *l.c.*, *T. Vred.* 2003, 128-129, nr. 9, die stelt dat hiervoor vooralsnog een beroep bij de jeugdrechtbank noodzakelijk is.

Hij kan bezwaarlijk beschouwd worden als "rechter voor wie de zaak aanhangig is", in de zin van art. 378 § 2 B.W.

42. Artikel 378, § 1, vijfde lid B.W. moet dus, net als het zesde lid, gelezen worden als een volwaardige bepaling die een algemene procedurele oplossing bevat voor tal van niet te voorziene uitzonderingen en incidenten, en waarvan het toepassingsgebied zich verder uitstrekt dan de beperkende aanhef van art. 378, § 1, eerste lid B.W. laat vermoeden. De vrederechter heeft een algemene bevoegdheid in deze materies.

§ 4. GELDSOMMEN TOEKOMEND AAN MINDERJARIGEN

A. Maatregelen voor geldsommen van de minderjarige

43. Artikel 379, tweede en derde lid (oud) B.W. bepaalde dat ingeval er reden is om te vrezen dat geldsommen die aan een minderjarige toekomen niet in zijn belang worden gebruikt, de jeugdrechtbank op vordering van de procureur des Konings of van elke persoon die doet blijken dat de belangen van de minderjarige beschermd dienen te worden, nader kan bepalen welke bestemming aan die sommen moet worden gegeven. In hetzelfde geval konden de rechtbanken, die uitspraak moesten doen over de vergoeding van stoffelijke of zedelijke schade aan een minderjarige veroorzaakt, nader bepalen welke bestemming aan de verschuldigde sommen gegeven moest worden.

44. Tijdens de besprekingen in de Commissie voor de Justitie van de Kamer, diende de regering een amendement in[97], met als doel deze regels te vervangen in die zin dat iedere rechterlijke beslissing waarbij uitspraak wordt gedaan over geldsommen die toekomen aan een minderjarige, ambtshalve beveelt dat deze geplaatst worden op een rekening die op naam van de minderjarige is geopend. Behoudens het recht op wettelijk genot, is de rekening onbeschikbaar tot het tijdstip van de meerderjarigheid van de minderjarige[98].

Op deze wijze wilde de wetgever de praktijk van de jeugdrechters, die gebruikelijk bevolen dat geldsommen die toekomen aan een minderjarige geplaatst moeten worden op een rekening die niet beschikbaar is tot de

---

97 Amendement nr. 9, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/3, 1.

98 Dit amendement werd goedgekeurd in de Kamercommissie: *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/7, 17.

betrokkene meerderjarig is, tot wet verheffen[99]. In plaats van het facultatief plaatsen en blokkeren van de gelden die aan de minderjarige toekomen, zoals onder het oude art. 379 B.W., werd de ambtshalve plaatsing en blokkering van die gelden hier als regel vooropgesteld.

45. Het voorstel werd daarna in de Senaatscommissie zo geamendeerd, dat het tweede lid van (oud) art. 379 B.W. toch zou blijven bestaan, en aangevuld zou worden met de in de Kamer goedgekeurde tekst. Wel werd de bevoegdheid voor plaatsing en blokkering van de jeugdrechter naar de vrederechter overgeheveld[100]. Bijgevolg luidden art. 379, tweede en derde lid B.W. na amendering in de Senaat[101] als volgt:
"Wanneer er reden is om te vrezen dat geldsommen die aan een minderjarige toekomen niet in zijn belang worden gebruikt, kan de vrederechter op vordering van de procureur des Konings of elke andere persoon die doet blijken dat de belangen van de minderjarige beschermd dienen te worden nader bepalen welke bestemming aan die sommen moet worden gegeven.
Iedere rechterlijke beslissing waarbij uitspraak wordt gedaan over geldsommen die toekomen aan een minderjarige, beveelt ambtshalve dat voornoemde geldsommen worden geplaatst op een rekening die op zijn naam is geopend. Behoudens het recht op wettelijk genot, is de rekening onbeschikbaar tot op het tijdstip van de meerderjarigheid van de minderjarige."

46. Op deze versie van de tekst kwam al snel kritiek. Enerzijds werd opgemerkt dat de vrederechter, in tegenstelling tot de jeugdrechter, niet over een Openbaar Ministerie beschikt[102]. Nochtans wordt de procureur des Konings genoemd als een van de personen die de vrederechter kan adiëren voor een maatregel indien wordt gevreesd dat de aan de minderjarige toekomende geldsommen niet in diens belang worden gebruikt[103].

---

99 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/7, 15-16.

100 Doel was de controle over het beheer van de goederen van de minderjarige te centraliseren bij eenzelfde instantie. Vanuit diezelfde idee werd ook art. 387*bis* B.W. gewijzigd in die zin dat de bevoegdheid van de jeugdrechter aan de vrederechter werd overgeheveld (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/7, 24). De wetgever is op dit laatste teruggekomen.

101 Nieuw art. 3 van het wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/10, 4.

102 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/12, 1.

103 Nochtans berust deze redenering kennelijk op een vergissing. Het is immers niet omdat er bij de vredegerechten institutioneel geen O.M. functioneert, dat het technisch-juridisch onmogelijk zou zijn om aan het O.M. een vorderingsrecht toe te kennen bij de vredegerechten: het gaat hier immers om twee geheel onderscheiden kwesties. Zie P. SENAEVE, "Werking van de voogdij inzake de persoon – wijzigingen in boek I B.W. inzake huwelijk, adoptie en pleegvoogdij", in P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 90, nr. 229.

Anderzijds werd (ten onrechte[104]) gewezen op de interne contradictie die tussen het tweede en het derde lid zou bestaan. In beide gevallen gaat het immers om geldsommen die aan minderjarigen toekomen, en die nog niet uitgekeerd werden[105]. Ingevolge het tweede lid kan de vrederechter immers nader bepalen welke bestemming aan die sommen moet worden gegeven; ingevolge het derde lid moet iedere rechterlijke beslissing ambtshalve bevelen dat deze sommen geplaatst worden op een onbeschikbare rekening, geopend op naam van de minderjarige. Om dit op te lossen diende volksvertegenwoordiger F. ERDMAN een amendement in[106] met als bedoeling het (oude) tweede lid te schrappen.

47. Na terugzending door de plenaire vergadering naar de commissie werd opgemerkt dat de gewijzigde tekst nog steeds niet sluitend was[107]. Het (oude) tweede lid, dat ingevolge het amendement-ERDMAN zou vervallen, betreft alle geldsommen die aan een minderjarige toekomen. De maatregelen die genomen worden op basis van het voorgestelde derde lid, dat behouden zou blijven, betreffen immers uitsluitend geldsommen die aan de minderjarige toekomen ingevolge rechterlijke beslissing. Het is evenwel mogelijk dat een minderjarige een grote som geld verwerft buiten rechterlijke beslissing, bijvoorbeeld door een gift, door het winnen van een loterij of door een vondst[108]. Daarop werd geantwoord dat de ouders of een belanghebbende die vaststellen dat het geld niet in het belang van het kind wordt gebruikt, zich tot de rechter kunnen wenden, die dan op grond van zijn algemeen toezicht zal optreden (art. 387*bis* B.W.)[109].

Dit is echter slechts ten dele waar. De jeugdrechtbank kan inderdaad op basis van art. 387*bis* B.W. in alle gevallen, behalve andersluidende wettelijke bepalingen, in het belang van het kind, *op verzoek van beide ouders of één van hen*, dan wel van de procureur des Konings alle beschikkingen met betrekking tot het ouderlijk gezag opleggen of wijzigen. Dit toezicht veronderstelt dus krachtens de wet dat beide ouders of minstens één van hen de rechtbank adiëren. Als beide ouders eensgezind overgaan tot het

---

104 F. SWENNEN ("Ouderlijk gezag en voogdij. Recente en komende wetgeving", in C.B.R. (ed.), *Jongeren en Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 65, nr. 122) wijst er terecht op dat beide regelingen niet op dezelfde materie betrekking hadden. Het huidige tweede lid heeft betreft enkel geldsommen die de minderjarige via gerechtelijke weg toekomen, terwijl het oude tweede lid enkel geldsommen betrof die de minderjarige "buitengerechtelijk" verwierf, anders dan via nalatenschap (waarop art. 776 B.W. van toepassing is).

105 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/12, 2.

106 Amendement nr. 33, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/12, 1-3.

107 Opmerking SCHAUVLIEGE, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/13, 4.

108 Ook kan gedacht worden aan sociale uitkeringen ten behoeve van de minderjarige, alsook aan het loon dat aan hem toekomt.

109 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/13, 4, antwoord door F. ERDMAN.

verkwisten van geldsommen die de minderjarige toekomen buiten rechterlijke beslissing, kan op basis van de huidige wetteksten (art. 379 B.W. *jo.* art. 387*bis* B.W.) de jeugdrechter enkel optreden op verzoek van de procureur des Konings.

(Oud) art. 379, tweede lid B.W. bepaalde uitdrukkelijk dat elke persoon die doet blijken dat de belangen van de minderjarige beschermd dienen te worden, in geval er vrees is dat geldsommen die aan de minderjarige toekomen niet in zijn belang worden gebruikt, van de jeugdrechter kan vorderen dat deze nader bepaalt welke bestemming aan die sommen gegeven moet worden. Nu deze bepaling geschrapt werd, is er echter geen enkele wettelijke basis meer waarop personen, die geen ouder zijn, en die doen blijken dat de belangen van de minderjarige beschermd dienen te worden, de jeugdrechter om maatregelen kunnen vragen[110]. Hoogstens kunnen ze de procureur des Konings contacteren, die krachtens art. 387*bis* B.W. wel kan vorderen[111].

48. Uiteindelijk werd het amendement-ERDMAN eenparig aangenomen[112]. Gevolg is dat na talrijke amenderingen en discussies de goedgekeurde tekst nagenoeg identiek is aan de oorspronkelijk door de regering voorgestelde tekst[113].

49. Gevolg is dat als er een procedure hangende is voor om het even welke rechtbank (vredegerecht, burgerlijke rechtbank, correctionele rechtbank,…) waarbij uitspraak wordt gedaan over geldsommen die toekomen aan een minderjarige, de rechter *ambtshalve* beveelt dat deze geldsommen geplaatst worden op een rekening die op diens naam is geopend. Behoudens het recht op wettelijk vruchtgenot[114] van de ouders, is deze rekening onbeschikbaar tot aan de meerderjarigheid.

---

110 Wel bestaat onenigheid in de rechtspraak over welke personen het initiatief kunnen nemen in geval van problematische uitoefening van het ouderlijk gezag de jeugdrechter kunnen vatten. Volgens een stelling in de rechtspraak en rechtsleer verleent de wet (art. 387*bis* B.W.) de ouders en het Parket geen monopolie, en hebben ook derden, inzonderheid de grootouders, het recht een vordering in te leiden. Zie P. SENAEVE, *Compendium*, II, 1137.

111 Vgl. art. 407, § 2 B.W. inzake de voogdij waar iedere belanghebbende de vrederechter kan vatten voor een wijziging van zijn basisbeschikking.

112 Aanvullend verslag namens de Commissie voor Justitie, uitgebracht door mevr. A. BARZIN, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/13, 5.

113 Vgl. *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/3, 1-2 en *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/14, 4.

114 Zie art. 384 B.W.

50. Deze maatregelen moeten worden genomen met betrekking tot alle geldsommen die aan een minderjarige toekomen krachtens rechterlijke beslissing, ongeacht hun oorsprong, of de reden waarom ze aan de minderjarige verschuldigd zijn[115]. Voor het begrip "geldsommen die aan een minderjarige toekomen" kan men een beroep doen op de rechtspraak en de rechtsleer in verband met het oude art. 379 B.W.[116]. De wetgever heeft de terminologie hier immers niet gewijzigd.

Wel moet rekening worden gehouden met de bedoeling van de wetgever, die een preventieve bescherming wou bieden aan de minderjarige. De vraag rijst bijvoorbeeld wat de rechter moet doen als hij onderhoudsgelden toekent ten voordele van een minderjarige. Worden de onderhoudsgelden toegekend aan een ouder (wat meestal het geval is), dan is er geen probleem. Er is dan immers geen sprake van geldsommen die toekomen aan een minderjarige. Worden de onderhoudsgelden echter aan de minderjarige zelf toegekend, dan is er sprake van een rechterlijke beslissing, krachtens dewelke geldsommen toekomen aan een minderjarige.

Een letterlijke lezing van de wet zou ertoe leiden dat de rechter die de minderjarige onderhoudsgeld toekent, ambtshalve de plaatsing ervan op een onbeschikbare rekening zou moeten bevelen. Het spreekt voor zich dat dit voor de minderjarige het ongewenste effect zou hebben dat hij de uitkering die hij nodig heeft, niet kan benutten voor zijn meerderjarigheid. Daarom moet verdedigd worden dat onderhoudsgelden niet vallen onder het begrip "geldsommen die aan de minderjarige toekomen" en dat zij dus niet ambtshalve door de rechter geblokkeerd moeten worden.

51. De rechter kan op basis van de redactie van de tekst van het nieuwe art. 379 B.W. geen rekening meer houden met de belangen van de minderjarige. De rechter kan evenmin in functie van de concrete omstandigheden beslissen welke maatregel hij met betrekking tot de geldsommen het meest geschikt acht[117]. De rechter moet immers *ambtshalve* bevelen dat de geldsommen op een rekening op naam van de minderjarige geplaatst en geblokkeerd worden.

52. Het nieuwe art. 379 B.W. moet samen worden gelezen met het hierna besproken (nrs. 66 e.v.) nieuwe art. 410, § 1, 14° B.W., naar luid waarvan de vrederechter aan de voogd en de personen die het ouderlijk gezag uitoefenen, machtiging kan verlenen om krachtens rechterlijke beslissing

---

115 P. SENAEVE, *Compendium*, II, nr. 1130.

116 Zie bv. P. SENAEVE, "Art. 379", *Comm. Pers.*, 1987, 7-9.

117 Vgl. met het oude art. 379 B.W. Zie P. SENAEVE, "Art. 379", *Comm. Pers.*, 1987, 6, nr. 11.

over de geblokkeerde fondsen te beschikken. De onbeschikbaarheid van de gelden heeft dus geen absoluut karakter[118].

B. Kennisgeving aan de schuldenaars en aan het vredegerecht waarvan de voogdij afhangt

53. Als de beslissing tot plaatsing en blokkering van geldsommen die aan de minderjarige toekomen in kracht van gewijsde is gegaan, geeft de griffier daarvan kennis door toezending van een afschrift bij ter post aangetekende brief aan de schuldenaars, waarna deze laatsten zich slechts met nakoming van de beslissing van de rechtbank rechtsgeldig kunnen bevrijden. Wanneer een voogdij is opengevallen, zendt hij eveneens een afschrift toe aan de griffier van het vredegerecht waarvan de voogdij afhangt.

54. De tekst wijkt af van het oude laatste lid van art. 379 B.W. doordat uitdrukkelijk werd opgenomen dat de griffie van het vredegerecht dat het voogdijforum is een afschrift van de beslissing wordt toegezonden. Het is inderdaad zo dat, hoewel art. 379 B.W. opgenomen is in Titel IX van Boek I van het B.W. over het ouderlijk gezag, deze regel een algemene strekking heeft en dus ook voor minderjarigen onder voogdijgezag toegepast dient te worden[119]. Vanuit deze optiek is het wenselijk gebleken de vrederechter van de plaats waar de voogdij opengevallen is, in kennis te stellen van de beslissingen in verband met de plaatsing en blokkering van geldsommen, opdat hij op de bestemming van de fondsen controle kan uitoefenen[120].

55. De wet bepaalt niet op welke wijze de griffier kennis krijgt van het in kracht van gewijsde treden van de rechterlijke beslissing, zodat deze bepaling in de praktijk waarschijnlijk dikwijls dode letter zal blijven[121].

---

118 W. PINTENS, *l.c.*, *T. Vred.* 2003, 131, nr. 14.

119 Rb. Brussel 16 april 1971, *J.T.* 1971, 443; G. BAERT, "Beschouwingen over de burgerrechtelijke bepalingen van de wet van 8 april 1965 op de jeugdbescherming", *R.W.* 1967-68, nr. 25, 14; M. VAN BALBERGHE, "Toezicht op de aanwending van geldsommen die aan minderjarigen toekomen", *R.W.* 1966-67, nr. 3, kol. 331 en W. PINTENS, *l.c.*, *T. Vred.* 2003, 130, nr. 13. *Contra* P. SENAEVE, "Art. 379", *Comm. Pers.*, 9-10, nr. 20.

120 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/3, 2.

121 S. MOSSELMANS, "art. 410", *Comm. Pers.*, 2003, nr. 73 en W. PINTENS, *l.c.*, *T. Vred.* 2003, 130, nr. 12, voetnoot 32.

HOOFDSTUK IV.
REPARATIE INZAKE DE VOOGDIJ

§ 1. VOORAFGAANDELIJK

56. Niet alleen de bepalingen van het ouderlijk gezag behoefden een reparatie, ook de nieuwe voogdijbepalingen bleken vaak tekort te schieten. Hierna worden de wijziging van het aantal machtigingbehoevende handelingen (§ 2), het inlassen van een kennisgevingsverplichting door het O.C.M.W. (§ 3) en de andere (kleinere) wijzigingen (§ 4) besproken.

§ 2. WIJZIGINGEN VAN DE MACHTIGINGSBEHOEVENDE HANDELINGEN

57. Niet alleen voor personen met ouderlijk gezag werd aan de machtigingbehoevende handelingen gesleuteld, ook inzake de voogdij achtte de wetgever een reparatie verantwoord[122]. Artikel 410 B.W. werd daartoe op drie plaatsen gewijzigd: er is niet langer een machtiging vereist voor de vertegenwoordiging in rechte als eiser in geval van burgerlijke partijstelling voor de feitenrechter (A.), noch voor berusting (B.). Er werd een nieuwe categorie machtigingbehoevende handelingen ingevoerd: het vroegtijdig beschikbaar maken van (krachtens de wet of krachtens rechterlijke beslissing) onbeschikbare geldsommen (C.).

A. Het optreden in rechte als eiser voor de minderjarige

58. Artikel 410, § 1, 7° B.W. bepaalde dat de vrederechter bijzondere machtiging moest verlenen om de minderjarige in rechte te vertegenwoordigen als eiser bij andere rechtsplegingen en handelingen dan die bedoeld in de art. 1150, 1180-1° en 1206 Ger.W. De machtiging moet dus niet gevraagd worden in geval van vertegenwoordiging in rechte als verweerder voor de minderjarige, en ook niet voor de bijzondere rechtsplegingen van verzegeling (art. 1150 Ger.W.), boedelbeschrijving (art. 1180-1° Ger.W.) en minnelijke verdeling (art. 1206 Ger.W.).

---

[122] De wetgever hervormde ook de wetgeving inzake het voorlopig (Wet van 3 mei 2003 tot wijziging van de wetgeving betreffende de bescherming van de goederen van personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren). Het valt te betreuren dat de wetgever niet dezelfde lijst machtigingbehoevende handelingen voor alle onbekwamen heeft ingesteld.

59. De machtigingsvereiste voor het optreden in rechte als eiser bleek in de praktijk hinderlijk. Het is verplicht een bijkomende procedure te voeren, wat bijkomende kosten[123] en tijdsverlies[124] meebrengt, en waardoor de vrederechters meer werk hadden[125]. Zoals hierboven meermaals werd gezegd, strekte het wetsvoorstel dat aan de basis lag van de Reparatiewet ouderlijk gezag en voogdij er enkel toe een wijziging aan te brengen in art. 378 B.W. met betrekking tot de handelingen verricht in het raam van het ouderlijk gezag waarvoor de machtiging van de vrederechter vereist is[126].

Concreet werd gedacht aan ouders die ingevolge de verwijzing in art. 378 B.W. naar 410, § 1, 7° B.W. om machtiging dienden te verzoeken als zij zich burgerlijke partij willen stellen in naam en voor rekening van hun kind dat schade heeft ondervonden door een gewelddaad, of aan burgerlijke geschillen waarin minderjarigen vragen dat hun rechten worden erkend (verborgen gebreken, betalen van huur, …)[127].

60. De wetgever wees er op dat de burgerlijke partijstelling voor de feitenrechter volledig risicoloos is. Bovendien zijn er in hoofde van de minderjarige geen kosten aan verbonden en elke vordering tot schadevergoeding is uitgesloten, zelfs voor een tergend en roekeloos geding[128].

61. Om die reden werd naast de afschaffing van de machtigingsvereiste voor de ouders voor ieder optreden in rechte als eiser voor de minderjarige, ook art. 410, § 1, 7° B.W. gewijzigd door het aan te vullen met een zinsnede stellende dat geen enkele machtiging vereist is in geval van burger-

---

123 Zeker voor de ouders die niet vrijgesteld werden van rolrecht. De vrijstelling inzake de registratie-, griffie en zegelrechten bestaat enkel voor het vragen van machtiging door voogden maar niet voor de ouders. Het Arbitragehof oordeelde dat de beperking van de vrijstelling tot de voogd geen schending inhoudt van het gelijkheidsbeginsel (Arbitragehof nr. 160/2002, 6 november 2002, *R.W.* 2002-03, 981, noot F. SWENNEN). Zie evenwel *Hand.* Kamer dd 30 januari 2003, 2002-2003, nr. 318, 27, waar de Minister van Justitie op een vraag in verband met deze verschillende behandeling als volgt antwoordde: "Mij lijkt het normaal dat er een gelijksoortige berechtiging totstandkomt voor ouders en voogden. Ik zal dit nakijken en *desgevallend de gepaste maatregelen nemen.*"

124 S. THIELEN, "Administration légale et tutelle: actes soumis à autorisation", *Les incapables*, vol. 60, 95, C.U.P., jan. 2003.

125 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/1, 2.

126 Zie o.a. de titel van het wetsvoorstel, *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1058/1.

127 *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1058/1, 2.

128 *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1058/2, 6.

lijke partijstelling voor de feitenrechter voor wie de zaak werd vastgesteld op verzoek van het openbaar ministerie of een onderzoeksgerecht[129].

De machtiging blijft dus wel vereist voor de rechtstreekse burgerlijke partijstelling bij de onderzoeksrechter om de strafvordering in te leiden[130] en voor de burgerlijke partijstelling in de loop van het onderzoek, hetzij bij de onderzoeksrechter, hetzij bij de onderzoeksgerechten[131]. Het gaat hier immers niet om een burgerlijke partijstelling bij de feitenrechter. Bovendien kan burgerlijke partijstelling in deze gevallen wel aanleiding geven tot kosten en schadevergoeding[132].

B. Berusting

62. Artikel 1044 Ger.W. definieert het begrip berusting. Berusten in een beslissing is afstand doen van de rechtsmiddelen die een partij tegen alle of sommige punten van die beslissing kan aanwenden en reeds heeft aangewend. Berusting kan uitdrukkelijk of stilzwijgend gedaan zijn. De uitdrukkelijke berusting gebeurt bij eenvoudige akte, ondertekend door de partij of haar bijzondere gemachtigde. De stilzwijgende berusting kan alleen worden afgeleid uit bepaalde en met elkaar overeenstemmende akten of feiten waaruit blijkt dat de partij het vaste voornemen heeft haar instemming te betuigen met de beslissing (art. 1045 Ger.W.).

63. Ingevolge de aanpassingen aan de Voogdijwet van 29 april 2001 luidde het krachtens art. 410, § 1, 10° B.W. dat om te berusten in een vordering of in een vonnis de voogd, en krachtens 378 B.W. ook de ouder(s), de vrederechter om machtiging moesten verzoeken.

64. De vrederechters meenden dat deze machtigingsvereiste hen in een lastig parket bracht. De procedure van machtiging tot berusting in een vonnis leidt er volgens de vrederechters toe dat zij moeten beslissen over het instellen van een hoger beroep door de voogd of de persoon die het ouderlijk gezag uitoefent tegen een beslissing van de eigen of van een andere rechtsmacht[133].

---

129 G. BOURGEOIS had een amendement nr. 7 ingediend dat ertoe strekte deze versoepeling in hoofde van de voogd te laten schrappen. Het kamerlid meent dat het verantwoord is de voogd aan een strenger regime te onderwerpen dan de ouder. Bovendien wordt zo een beter parallellisme nagestreefd met art. 488*bis*, f), § 3,a) (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/2, 5).

130 R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 2001, 290, nr. 643.

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

132 W. PINTENS, *l.c., T. Vred.* 2003, 133, nr. 21.

133 *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1058/3, 5. Er werd ook gemotiveerd dat bij voorlopige bewindvoering geen soortgelijke regeling bestaat.

65. Artikel 410, § 1, *10°* B.W. wordt door de Reparatiewet opgeheven[134]. Aldus werd de noodzaak om de vrederechter om een machtiging te verzoeken om te berusten in een vordering of in een vonnis uit het B.W. geschrapt.

C. Beschikken over bepaalde onbeschikbare vermogens

66. Een nieuw art. 410, § 1, *14°* wordt ingevoegd krachtens hetwelk de vrederechter bijzondere machtiging moet verlenen voor het beschikken over het vermogen dat onbeschikbaar is op grond van een beslissing genomen krachtens art. 379 B.W., op grond van art. 776 B.W. of overeenkomstig een beslissing van de familieraad genomen voor de inwerkingtreding van de Wet van 29 april 2001 houdende verscheidene wetsbepalingen inzake de voogdij over minderjarigen.

67. Deze bepaling was nodig omdat men de onbeschikbaarheid van de gelden, zoals die is bepaald in voornoemde gevallen, niet absoluut wou maken. In bepaalde gevallen kan het inderdaad verantwoord zijn dat deze gelden voor de meerderjarigheid opnieuw beschikbaar worden gemaakt, in het belang van de minderjarige.

68. In tegenstelling tot de onbeschikbaarheid op basis van art. 379, tweede lid B.W. en deze op basis van art. 776, tweede lid B.W. werd de onbeschikbaarheid van het vermogen overeenkomstig een beslissing van de familieraad genomen voor de inwerkingtreding van de Wet van 29 april 2001 niet rechtstreeks in de wet ingeschreven, maar op onrechtstreekse wijze, door te bepalen dat over deze goederen slechts beschikt kan worden mits bijzondere machtiging van de vrederechter[135].

69. De wetgever wou met deze bepaling ook tegemoetkomen aan de discussie die in de rechtsleer was ontstaan met betrekking tot het overgangsrecht van de Wet van 29 april 2001. Van bepaalde handelingen verricht in het raam van een machtiging van de familieraad, zoals de verkoop van een gebouw, de aanvaarding van een nalatenschap en de belegging van een vermogen toebehoren aan de minderjarige, werd algemeen aanvaard dat ze geldig bleven. Andere beslissingen, zoals de aanwijzing van de voogd en van de toeziende voogd, hadden niet langer reden van bestaan.

---

[134] G. BOURGEOIS had in amendement nr. 8 voorgesteld om, naar analogie van art. 488*bis*, f), § 3, d) dit de berusting te behouden, maar enkel met betrekking tot vorderingen betreffende onroerende rechten (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/2, 5).

[135] W. PINTENS, *l.c.*, *T.Vred.* 2003, 131-132, nr. 16.

Er was niet uitdrukkelijk bepaald wat het lot was van beslissingen door de familieraad genomen, waarbij het vermogen van de minderjarige onbeschikbaar werd gemaakt. De wetgever oordeelde dat het wenselijk was deze onbeschikbaarheid, behoudens andersluidende en met redenen omklede beslissing, wordt gehandhaafd, omwille van het gevaar dat de fondsen anders op het ogenblik van de meerderjarigheid verdwenen zouden zijn[136].

70. Terecht merkt PINTENS op dat het ten zeerste de vraag is of de nieuwe regeling het beoogde doel kan bereiken. Zeker voor de voogdijen die krachtens de Voogdijwet van 29 april 2001 van rechtswege beëindigd werden doordat ze omgezet werden in ouderlijk gezag zal deze bepaling dode letter blijven[137].

§ 3. KENNISGEVING DOOR HET O.C.M.W.

71. Een belangrijke innovatie van de Voogdijwet van 29 april 2001 was het vrijwillige karakter van de voogdij. Indien niemand aanvaardt de voogdij uit te oefenen, worden de art. 63 en 68 van de O.C.M.W.-wet toegepast (art. 396, derde lid B.W.). Ook de O.C.M.W.-wet vertrouwt de O.C.M.W.'s de opdracht toe de voogdij waar te nemen over iedere minderjarige over wie niemand het ouderlijk gezag, de voogdij of de materiële bewaring heeft[138], enerzijds, en in te staan voor hun bewaring, onderhoud en opvoeding[139], anderzijds. Het gaat om een publiekrechtelijke en residuaire voogdij.

72. De Raad voor maatschappelijk welzijn duidt de voogd en de toeziende voogd aan onder zijn leden[140]. De aangeduide personen oefenen de gemeenrechtelijke bevoegdheden uit van een voogd resp. toeziende voogd[141]. De Wet van 29 april 2001 bracht evenwel geen wijziging aan de regeling inzake het beheer van de goederen van de onder voogdij van het O.C.M.W. staande kinderen: de van de gemeenschappelijke voogdij afwijkende regeling waarbij niet de voogd maar de ontvanger van het O.C.M.W. dit

136 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/3, 3.

137 W. PINTENS, *l.c.*, *T. Vred.* 2003, 131, nr. 17. De beslissingen tot blokkering van gelden door de familieraad vervallen immers eveneens van rechtswege op de datum van het inwerkingtreden van de Voogdijwet. Zie ook S. MOSSELMANS, "art. 410", *Comm. Pers.*, nr. 77.

138 Artikel 63 O.C.M.W.-wet.

139 Artikel 57 § 3 O.C.M.W.-wet.

140 Artikel 65 O.C.M.W.-wet.

141 P. SENAEVE, *Compendium*, II, nr. 1379.

beheer waarneemt, blijft onverkort gelden[142]. De vrederechter oefent dezelfde controlebevoegdheid uit als in een gemeenrechtelijke voogdij[143].

73. Ter aanvulling en vervollediging van deze regeling diende de regering een amendement in[144] dat beoogde het O.C.M.W. te verplichten de vrederechter in kennis te stellen van de identiteit van de voogd en de toeziende voogd aangewezen door haar Raad voor Maatschappelijk Welzijn. Bovendien wou het amendement aan die voogdijorganen dezelfde wettelijke verplichtingen opleggen als aan de gemeenrechtelijke voogd.

De Vereniging van Belgische Steden en Gemeenten (hierna V.B.S.G.) – afdeling O.C.M.W.'s uitte bij de Kamercommissie felle kritiek op dit amendement. De V.B.S.G. verdedigde dat de voogdijregeling, zoals bepaald in de O.C.M.W.-wet een residuaire voogdijregeling is, die onderworpen is aan specifieke regels en dus afwijkt van de in het B.W. vooropgestelde regels.

De residuaire aard van de voogdij en de specifieke regels[145] moeten volgens deze vereniging onverkort gevrijwaard blijven. Door het principieel vrijwillig karakter van de voogdij en de verplichting voor het O.C.M.W. om de voogdij te aanvaarden als niemand anders dat doet, is de kans reëel dat de O.C.M.W.'s vaker dan vroeger belast worden met een voogdijopdracht[146]. Als het oorspronkelijke amendement niet gewijzigd zou worden, zou het risico bestaan dat de taak van de O.C.M.W.'s ernstig verzwaard zou worden, onder andere door de talrijke machtigingbehoevende handelingen in het raam van het beheer van de goederen[147].

---

142 Artikel 66 O.C.M.W.-wet. Bij een O.C.M.W.-voogdij geldt dus van rechtswege een systeem van gesplitste voogdij (leden van de Raad voor Maatschappelijk Welzijn voor de persoon, de ontvanger voor de goederen).

143 Voor de wijzigingen door het nieuwe voogdijrecht aangebracht aan de voogdij van het O.C.M.W. zie P. SENAEVE, "Werking van de voogdij inzake de persoon – wijzigingen in boek I B.W. inzake huwelijk, adoptie en pleegvoogdij", in P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 96-99.

144 Amendement nr. 10, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/3, 2.

145 S. MOSSELMANS, "Art. 396", *Comm. Pers.*, nr. 5, wijst erop dat het specifieke karakter van de O.C.M.W.-voogdij voortvloeit uit het beginsel van de scheiding der machten en de bestuursautonomie van de O.C.M.W.'s.

146 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/7, 19.

147 Tijdens de parlementaire voorbereiding werd gewezen op de verplichting een hypotheek te nemen om het beheer van de goederen te waarborgen. In de O.C.M.W.-wet bestaan echter al specifieke voorschriften (art. 66 *jo.* art. 46 § 2 O.C.M.W.-wet) tot regeling van de taak van de ontvanger bij het beheer van de goederen (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/7, 19).

74. Om aan de kritiek tegemoet te komen, diende de regering een nieuw amendement[148] in dat ertoe strekt het residuaire karakter van de voogdij van het O.C.M.W. te erkennen. Bijgevolg wordt enkel de kennisgevingsverplichting voor het O.C.M.W. aangehouden[149].

75. Artikel 396 B.W. wordt bijgevolg door de Reparatiewet aangevuld als volgt:
"*Het O.C.M.W. stelt binnen acht dagen volgend op de aanwijzing van de voogd en de toeziende voogd de vrederechter in kennis van hun identiteit.*"

§ 4. OVERIGE WIJZIGINGEN

A. Blokkering van fondsen en waarden uit nalatenschap

76. Artikel 776 B.W. stelt dat nalatenschappen aan minderjarigen en aan onbekwaamverklaarden alleen overeenkomstig de bepalingen van art. 410, § 1, rechtsgeldig kunnen worden aanvaard. Ingevolge art. 410, § 1, 5° kan de aanvaarding enkel gebeuren onder voorrecht van boedelbeschrijving, mits bijzondere en voorafgaandelijke machtiging van de vrederechter.

77. Aan dit artikel wordt een tweede lid toegevoegd dat, naar analogie van het nieuwe art. 379, tweede lid B.W., bepaalt dat de fondsen en waarden die deze minderjarigen en onbekwaamverklaarden door een nalatenschap toebehoren, geplaatst worden op een rekening op diens naam geopend, en dat ze onbeschikbaar gemaakt worden tot de meerderjarigheid of tot de opheffing van de onbekwaamverklaring, zulks onverminderd het recht op wettelijk genot.

78. Enkel gelden die de minderjarige toekomen *krachtens nalatenschap* vallen onder het toepassingsgebied van deze bepaling. Kapitalen die de minderjarige toekomen krachtens levensverzekering zullen dus niet het voorwerp uitmaken van deze nuttige regel[150].

---

148 Amendement nr. 29, subamendement op amendement 10, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/5, 3.

149 De Minister gaf aan dat het belangrijk is dat de vrederechter over alle gegevens dient te beschikken die betrekking hebben op de ingestelde voogdijschappen. De informatieplicht is dus absoluut noodzakelijk en wordt daarom behouden: *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/7, 20.

150 F. SWENNEN, "Ouderlijk gezag en voogdij. Recente en komende wetgeving", in C.B.R. (ed.), *Jongeren en Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 42, nr. 84.

79. Deze bepaling moet samen worden gelezen met het hierboven (nrs. 66 e.v.) reeds besproken nieuwe art. 410, § 1, 14° B.W., naar luid waarvan de vrederechter aan de voogd en de personen die het ouderlijk gezag uitoefenen, machtiging kan verlenen om over deze krachtens de wet geblokkeerde fondsen te beschikken.

B. De openbare verkoop van art. 1186 Ger.W.

80. Artikel 1186 Ger.W. betreft onroerende goederen die in mede-eigendom toebehoren aan minderjarigen of onbekwaamverklaarden samen met (een) andere bekwame perso(o)n(en). Ingeval de vertegenwoordiger van de minderjarige wenst over te gaan tot verkoop van het onroerend goed, moet de vrederechter de verkoop te machtigen.

81. Artikel 1186, tweede lid Ger.W. bepaalde dat de mede-eigenaars door de vrederechter in het raam van de procedure tot machtiging van de verkoop moeten worden gehoord of behoorlijk worden opgeroepen bij gerechtsbrief, ter kennis gebracht ten minste vijf dagen voor de zittingsdag.

Deze verplichting werd door de Voogdijwet, naar analogie van de regeling van art. 1187 Ger.W. ingevoerd[151]. Reeds tijdens de parlementaire voorbereiding van de Voogdijwet was duidelijk geworden dat deze plicht op een verkeerd uitgangspunt berustte[152]. De wetgever meende dat die maatregel objectief beschouwd overbodig was, aangezien elke mede-eigenaar met de verkoop moet instemmen, behalve wanneer een vordering is ingesteld om uit de onverdeeldheid te treden[153]. De vrederechter is in elk geval bevoegd iedere persoon te horen van wie hij het verhoor nuttig acht (art. 410, § 2, derde lid B.W.)[154].

82. Om al deze redenen besliste de wetgever terecht het tweede lid van art. 1186 Ger.W. op te heffen.

C. Machtiging voor openbare verkoop in de zin van art. 1187 Ger.W.

83. Krachtens art. 57 van de Wet van 29 april 2001 is art. 1187 Ger.W. gewijzigd teneinde aan de vrederechter de bevoegdheid te verlenen de

---

151 F. SWENNEN, *l.c.*, in C.B.R. (ed.), *Jongeren en Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 41, nr. 79.

152 *Parl. St.* Senaat, nr. 2-509/2, amendement nr. 15 van H. VANDENBERGHE, en de bespreking ervan in het Verslag namens de Commissie voor de Justitie, uitgebracht door mevrouw TAELMAN, *Parl. St.* Senaat, 2-509/6, 51-55.

153 In welk geval de procedure van gerechtelijke verdeling moet worden gevolgd (art. 1207 ev. Ger.W.), welke procedure op zijn beurt voldoende waarborgen bevat.

154 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/3, 5.

verkoop te machtigen van onroerende goederen die in mede-eigendom toebehoren aan minderjarigen[155] samen met (een) andere bekwame perso(o)n(en), indien deze laatsten het initiatief nemen om tot verkoop over te gaan.

84. Daardoor was een tegenstrijdigheid ontstaan tussen het aldus hervormde art. 1187 Ger.W., waarin de vrederechter als machtigingverlenende instantie wordt aangeduid, en art. 569, 12° Ger.W., dat de rechtbank van eerste aanleg materieel bevoegdheid verklaart voor de vorderingen tot machtiging, ingesteld krachtens de art. 1187 tot 1193 Ger.W.

85. Om problemen in de rechtspraktijk te vermijden, werd ervoor geopteerd art. 569, 12° Ger.W. te verbeteren door daarin te bepalen dat de rechtbank van eerste aanleg materieel bevoegd is voor vorderingen ingesteld krachtens de art. 1188 tot 1193 Ger.W.[156].

D. Procedure van ontzetting van de voogd

86. Door de Wet van 29 april 2001 werd volgende procedure vooropgesteld voor het geval van ontzetting van de voogd: ingeval er grond bestaat de voogd te ontzetten, spreekt de vrederechter op verzoek van de toeziende voogd, van het openbaar ministerie of zelfs ambtshalve de ontzetting uit (art. 399 B.W.). De voogd van wie ontzetting wordt gevorderd, wordt gedagvaard om te verschijnen op de terechtzitting die door de vrederechter in raadkamer is bepaald[157]. Het exploot van dagvaarding vermeldt de redenen die de procedure tot ontzetting rechtvaardigen. De toeziende voogd wordt gehoord (1235, 1° Ger.W.).

87. Deze regeling stelde in de praktijk problemen. Als de vrederechter ambtshalve de ontzetting van de voogd vordert, kan hij in het raam van het gerechtelijk recht niet het initiatief nemen een dagvaarding te doen opmaken teneinde zichzelf te vatten[158].

88. De Reparatiewet herschrijft art. 1235, 1° Ger.W. daarom in die zin dat de voogd van wie ontzetting[159] wordt gevorderd, ambtshalve of op een met

---

155 Of onbekwaamverklaarden, onder voorlopig bewind gestelden, geïnterneerden.

156 Met dezelfde bedoeling werd op 8 oktober 2002 door Y. LETERME een (thans vervallen) wetsvoorstel ingediend tot wijziging van artikel 569, eerste lid, 12° Ger.W., *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2054/1.

157 Zie Vred. Sankt Vith 31 januari 2002 en 6 maart 2002, *T. Vred.* 2002, 405.

158 Amendement nr. 15, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/3, 5.

159 In het Belgisch Staatsblad is per vergissing de term "ontwetting" geschreven in plaats van "ontzetting", *B.S.* 25 maart 2003, 14335.

redenen omkleed verzoek van de toeziende voogd of van de procureur des Konings wordt opgeroepen om te verschijnen op de terechtzitting die de vrederechter bepaalt[160]. De voogd wordt bij gerechtsbrief opgeroepen. De toeziende voogd wordt gehoord.

E. Vordering tot vaststelling van de voortdurende onmogelijkheid het ouderlijk gezag uit te oefenen

89. Vorderingen tot vaststelling van de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen worden door de procureur des Konings ingesteld bij de rechtbank van eerste aanleg. De procureur des Konings treedt ambtshalve op of op verzoek van iedere belanghebbende persoon (1236*bis* Ger.W.).

90. In dit artikel werd een nieuw tweede lid toegevoegd dat ertoe strekt om de voorlopig bewindvoerder de bevoegdheid te geven om de vordering tot vaststelling van voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen in te stellen. Dit kan zowel in de situatie dat de voorlopige bewindvoerder toegevoegd wordt aan beide ouders, als in de situatie dat hij toegevoegd wordt aan de ouder die alleen het ouderlijk gezag uitoefent.

91. Het is duidelijk dat de voorlopig bewindvoerder hier een bevoegdheid krijgt met gevolgen *betreffende de persoon* van de onder bewind gestelde. Als de vrederechter de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen vaststelt ten aanzien van de onder bewind gestelde ouder(s), dan verliest die ouder immers het ouderlijk gezag over zijn kind.

Als één van de ouders nog in leven is (ongeacht of hij belast was met de uitoefening van het ouderlijk gezag) dan zal deze het ouderlijk gezag alleen uitoefenen (art. 375, eerste lid B.W.). Als het de enige ouder van het kind betrof, zal de voogdij openvallen (389 B.W.).

92. Hoewel de motieven van de wetgever ontegensprekelijk pragmatisch en nobel waren[161], namelijk ingegeven door de idee van het verzekeren van een effectieve vertegenwoordiging van minderjarigen, komt dit de uniformiteit van ons recht geenszins ten goede. De basisfilosofie van het voorlopig bewind draait immers hierom dat de voorlopig bewindvoerder

---

160 Naar analogie van art. 488*bis,* d), B.W.

161 De wetgever had bijvoorbeeld de minderjarige voor wiens ouders het slachtoffer zijn geworden van een verkeersongeval. Soms bestaat het gevaar dat de minderjarige feitelijk niet vertegenwoordigd wordt, zulks in tegenstelling tot de ouders die doeltreffend kunnen worden beschermd door de regeling van het voorlopig bewind (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-1772/3, 6).

wel bevoegd is voor de goederen van de onder bewind gestelde, maar niet over zijn persoon[162]. De wetgever heeft hier een nieuwe uitzondering gecreëerd[163], die opnieuw illustreert dat de beschermingsstatuten uit ons burgerlijk recht niet afdoend zijn.

93. De voorlopig bewindvoerder treedt tijdens de procedure op in eigen hoedanigheid en zal dus geen machtiging nodig hebben op basis van art. 488*bis*, f), § 3, a) B.W. Dit artikel is immers enkel van toepassing als de bewindvoerder optreedt als vertegenwoordiger van de onder bewind gestelde[164].

---

162 P. SENAEVE, *Compendium*, I, nrs. 682 – 684 en F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 211, nr. 255.

163 Eerder bestonden ook al wettelijke uitzonderingen op de onbevoegdheid van de voorlopig bewindvoerder ten aanzien van de persoon van de onder bewind gestelde. Zo mag de voorlopig bewindvoerder inzake de persoon optreden:
- inzake het verweer in een echtscheidingsprocedure op grond van twee jaar feitelijke scheiding wegens geestesstoornis (art. 232, tweede lid B.W.);
- inzake het optreden als eiser of als verweerder bij vorderingen tot vaststelling of tot betwisting van de afstamming (art. 331*sexies* B.W.);
- inzake het verrichten van rechtshandelingen in verband met de nationaliteit (art. 7 W.B.N.);
- inzake het verzet tijdens het leven geuit tegen wegneming van organen na overlijden (art. 10, § 2, vierde lid Orgaantransplantatiewet).

Contra F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, 728, nr. 943 (i.v.m. art. 232 B.W.) en 738, nr. 959 (i.v.m. art. 331*sexies* B.W.).

164 *Contra*, maar ten onrechte, W. PINTENS, *l.c.*, *T. Vred.* 2003, 137, nr. 30.

HOOFDSTUK V.
CONCLUSIE

94. Wat oorspronkelijk bescheiden begon als een correctie van de regels betreffende het ouderlijk gezag, is uiteindelijk uitgegroeid tot een Reparatiewet ouderlijk gezag en voogdij. De wetgever heeft gepoogd om tegemoet te komen aan de door de praktijk gesignaleerde pijnpunten in het nieuwe voogdijrecht.

95. Vooral het aantal machtigingbehoevende handelingen en de gelijkschakeling van ouders en voogden wat betreft deze handelingen was bron van discussie. Uiteindelijk koos de wetgever er (minstens impliciet) voor om de gekozen richting verder te bewandelen.

96. Is deze Reparatiewet een eindpunt? Waarschijnlijk niet. Reeds tijdens de parlementaire debatten ter bespreking van de Reparatiewet werd geopperd dat de wet inzake voogdij over minderjarigen moet worden geëvalueerd in samenwerking met mensen vanuit de rechtspraktijk[165]. In een tweede fase zal het ongetwijfeld nuttig zijn om ook andere bepalingen te herzien.

---

[165] *Hand.* Senaat 25 april 2002, nr. 2-200, 10.

DEEL II
DE WET VOOGDIJ OVER NIET-BEGELEIDE MINDERJARIGE VREEMDELINGEN

CHRISTOPH CASTELEIN

Assistent K.U.Leuven

HOOFDSTUK I.
INLEIDING

97. Het afgelopen decennium zijn alle westerse geïndustrialiseerde samenlevingen zich in toenemende mate bewust geworden van de problematiek van de op hun grondgebied aanwezige niet-vergezelde of alleenstaande minderjarige vreemdelingen[1].

98. De levensomstandigheden waarin deze bijzonder gevoelige personen zich bevinden zijn divers en vaak complex[2]. Deze minderjarigen zijn gevlucht uit angst voor vervolging, (burger)oorlogen, hongersnood, armoede, of wegens miskenning van de mensenrechten. Allen komen ze hierheen, om zichzelf te verzekeren van een betere toekomst.

99. Over het aantal niet-begeleide minderjarige vreemdelingen in ons land bestaan geen precieze cijfers. Recent werd gesteld dat het ongeveer 2000 kinderen zou betreffen[3]. Vorig jaar nog trok *Child Focus* aan de alarmbel[4]. Ten eerste blijkt dat een verontrustend aantal van de niet-vergezelde minderjarigen verdwijnt[5]. Bovendien blijken deze kinderen vaak ook terecht te komen in de kinderprostitutie en mensenhandel/kinderhandel.

100. Vóór de inwerkingtreding van de hierna besproken regeling houdende voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen is er

---

1 D. PEARL en C. LYONS, "The treatment by the European Union of Unaccompanied Minors", in N. LOWE en G. DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, Den Haag, Kluwer Academic Publishers, 1996, p. 435-448.

2 J. VAN DER AUWERAERT, "Buitenlandse niet-begeleide minderjarigen in België: wie moet tegen wie beschermd worden", *T.J.K.* 2003/1, 12.

3 Verslag namens de werkgroep "Rechten van het kind" uitgebracht door de dames KAÇAR en LALOY, *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1199/1, 2 (hierna afgekort als Verslag KAÇAR en LALOY) en VBR, "Tweeduizend niet-begeleide minderjarigen in ons land", *De Standaard*, 5 februari 2003.

4 Child Focus, *Dossier verdwijning van niet-begeleide minderjarige en minderjarige slachtoffers van mensenhandel*, 2002. Dit dossier werd samengevat in het Verslag KAÇAR en LALOY, *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1199/1, 13-17.

5 V. BEEL, "Dit jaar alleen al bijna 90 verdwenen niet-begeleide minderjarigen", *De Standaard*, 19 april 2002.

in ons intern recht geen enkele specifieke wettelijke bepaling[6] die handelt over de situatie van de alleenstaande minderjarige vreemdeling[7].

[6] Met uitzondering van artikel 118 van het Koninklijk Besluit betreffende de vreemdelingen, *cf. infra* nr. 164.

[7] Voor een algemeen overzicht van de juridische situatie van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen consultere men A. JONCKHEERE en K. GROSJEAN, *Situation juridique des enfants étrangers en Belgique. Le cas des mineurs non accompagnés*, Luik, Ed. Jeunesse et droit, 2000, 187 p. en M.-C. FOBLETS en S. BOUCKAERT, "De minderjarige vreemdeling, een relatief onbekend rechtssubject in het Belgische vreemdelingenrecht", in M.-C. FOBLETS en B. HUBEAU, *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen* (Deel 4), Brugge, Die Keure, 2000, 99-175.

HOOFDSTUK II.
DEFINIËRING EN SITUERING

101. Er bestaan verschillende definities[8] van het begrip niet-begeleide minderjarige vreemdelingen[9].

Naar Belgisch recht wordt in de Dienstnota B.44 van het Ministerie van Binnenlandse Zaken[10] van 1 maart 2002 bepaald dat men onder niet-begeleide minderjarigen verstaat[11], elke persoon:
- van minder dan 18 jaar oud;
- die niet begeleid is door een persoon die het ouderlijk gezag of de voogdij over hem uitoefent, krachtens de nationale wet van de minderjarige;
- die onderdaan is van een land dat geen lid is van de Europese Economische Ruimte (E.E.R.).

---

8 *Cf.* infra, hoofdstuk 3. Elk Verdrag hanteert een andere definitie.

9 Verslag KAÇAR en LALOY, *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1199/1, 42, aanbeveling 4.

10 Dienstnota nr. B.44 van de algemene directie van de Dienst Vreemdelingenzaken d.d. 1 maart 2002 betreffende de behandeling van dossiers aangaande het verblijf van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, vervangende de nota van 1 april 1999.

11 Op deze definitie heeft men klaarblijkelijk de definitie van niet-begeleide minderjarigen voor de Wet op de voogdij voor deze minderjarigen gebaseerd, *cf.* infra nr. 139.

HOOFDSTUK III.
VERPLICHTING TOT UITWERKING VAN EEN VOOGDIJREGELING OP HET VLAK VAN GRONDRECHTEN EN MENSENRECHTEN

102. Meerdere internationale instrumenten[12] proclameren dat jongeren zonder wettelijke vertegenwoordiger recht hebben op bijzondere bescherming van de Staat waar zij zich bevinden[13].

Dergelijke bepaling werd uitdrukkelijk opgenomen in het Internationaal Verdrag tot bescherming van de Rechten van het Kind (I.V.R.K.). Art 22 I.V.R.K. bepaalt dat elk land passende maatregelen moet nemen zodat de minderjarige kandidaat-vluchteling – ongeacht of die al dan niet door zijn ouders of door iemand anders wordt begeleid – passende bescherming en humanitaire bijstand krijgt bij het genot van alle door het Verdrag gewaarborgde rechten en van alle rechten beschreven in andere internationale akten inzake de rechten van de mens of humanitaire akten. De overheid dient aldus te zorgen voor extra bijstand en bescherming.

103. In de Slotakte van de Conferentie van gevolmachtigden van de Verenigde Naties betreffende de Status van vluchtelingen en staatloze personen werd de aanbeveling opgenomen "de nodige maatregelen te nemen voor […] (2) de bescherming van minderjarige vluchtelingen te verzekeren, in het bijzonder van onbegeleide kinderen en jonge meisjes, met name wat betreft de voogdij en de adoptie"[14].

104. Op 26 juni 1997 keurde de Raad van de Europese Unie een resolutie goed inzake niet-begeleide minderjarige onderdanen van derde landen[15]. Deze resolutie heeft betrekking op onderdanen van derde landen[16], jonger dan 18 jaar, die zonder begeleiding van een volwassene die krachtens de

---

12 Voor een uitvoerige lijst zie het Verslag namens de werkgroep "rechten van het kind" uitgebracht door de dames KAÇAR en LALOY, *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1199/1, 3-4.

13 G.S. GOODWIN-GILL, "Unaccompanied refugee minors. The role of international law in the pursuit of durable solutions", *I.J.Ch.R.* 1995, afl. 3, 406-416; U. KIKKELLY, "Immigrant and Refugee Children", in U. KILKELLY, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Ashgate, Dartmouth, 1999, 214-238.

14 Aanbeveling B, *Slotakte van de Conferentie van gevolmachtigden van de Verenigde Naties betreffende de Status van vluchtelingen en staatloze personen*, 28 juni 1951.

15 Een resolutie is juridisch gezien niet bindend. Toch heeft zij een aanzienlijke invloed omdat ze de neerslag is van een politiek akkoord tussen de regeringen van de Europese Unie.

16 Derde landen betekent hier Staten die geen lid zijn van de E.U. noch van de E.E.R.

wet of het gewoonterecht voor hen verantwoordelijk is, op het grondgebied van een lidstaat aankomen voor de duur dat zij niet daadwerkelijk onder de hoede staan van zo'n volwassene. Zij kan tevens worden toegepast op minderjarige onderdanen van derde landen, die na hun aankomst op het grondgebied van de lidstaten zonder begeleiding worden achtergelaten.

Deze resolutie bepaalt in art. 3.4. dat de Lidstaten zo spoedig mogelijk zorgen voor de noodzakelijke vertegenwoordiging van de minderjarige door een wettelijke voogdij, door een vertegenwoordiging door een (nationale) organisatie of een andere passende vertegenwoordiging. Artikel 3.5. van de resolutie stelt verder dat indien voor een niet-begeleide minderjarige een voogd wordt aangesteld, deze er overeenkomstig het nationale recht moet op toezien dat er op een passende wijze in bijvoorbeeld juridische, sociale, medische en psychologische behoeften van de minderjarige wordt voorzien.

105. In 1997 heeft het Hoog Commissariaat voor de Vluchtelingen van de Verenigde Naties een nota aangenomen over het beleid en de procedures met betrekking tot niet-begeleide minderjarige asielzoekers[17]. In deze nota wordt aangegeven dat een niet-begeleide minderjarige een persoon is die jonger is dan achttien jaar, behalve als de meerderjarigheid vroeger bereikt wordt krachtens de wetgeving die op hem van toepassing is, en die gescheiden is van zijn beide ouders, en die niet ten laste valt van een volwassene die krachtens de wet of de gewoonte voor hem verantwoordelijk is.

Arikel 5.7. van deze Guidelines stelt dat "*It is suggested that an independent and formally accredited organisation be identified/established in each country, which will appoint a guardian or adviser as soon as the unaccompanied child is identified.*"

106. In een Resolutie van het Europese Parlement wordt aanbevolen "dat de Lidstaten zorgen voor een betere bescherming van niet-begeleide minderjarigen, met inbegrip van zo snel mogelijke bijstand door een mentor of een juridisch adviseur, de aanwezigheid van persoon dat gekwalificeerd is voor de specifieke eisen die minderjarigen stellen[18].

---

17 Office of the United Nations High Commissioner for Regugees, *Guidelines on Policies and Procedures in dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum*, februari 1997 (hierna afgekort als *Guidelines*).

18 Resolutie van het Europees Parlement van 5 juli 2001 over de toestand van de grondrechten in de Europese Unie, nr. 2000/2231/INI, *P.B.* C van 14 maart 2002, nr. 65 E, 350, aanbeveling nr. 32.

107. Op de dertigste zitting van het Comité voor de Rechten van het Kind (van de Verenigde Naties) werd gesteld[19] dat: "*In accordance with the principles and provisions of the Convention*[20]*, especially articles 2, 3 and 22, and with respect to unaccompanied persons under 18 years of age, the Committee recommends that the State party:*
(c) Approve as soon as possible the draft law on the creation of a guardianship service, in order to ensure the appointment of a guardian for an unaccompanied minor from the beginning of the asylum process and thereafter as long as necessary, and make sure that this service is fully independent, allowing it to take any action it considers to be in the best interests of this minor;
(d) Ensure unaccompanied minors are informed of their rights and have access to legal representation in the asylum process."

108. Ook Child Focus[21] en Amnesty International[22] beklemtoonden dat een voogdijregeling aangewezen was.

---

19 Concluding observations of the Committee on the Rights of the Child: Belgium, 13 June 2002, CRC/C/15/Add.178, aanbeveling nr. 28.

20 Bedoeld wordt het I.V.R.K.

21 Child Focus, *Dossier verdwijning van niet-begeleide minderjarige en minderjarige slachtoffers van mensenhandel*, 2002, 81.

22 Amnesty International Report 2003, Belgium (te consulteren op www.amnesty.org).

HOOFDSTUK IV.
HUIDIGE SITUATIE – SITUATIE VOOR HET IN WERKING TREDEN VAN DE WET

109. Eén deelaspect van de precaire situatie van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen betreft hun principiële handelingsonbekwaamheid en hun wettelijke vertegenwoordiging. De situatie van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen wordt gekenmerkt door één constante: telkens ontbreekt een op eenduidige wijze aangestelde persoon of instantie die juridisch de verantwoordelijkheid draagt voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind en die tevens bekwaam is om als diens wettelijke vertegenwoordiger op te treden[23].

§ 1. DE BELGISCHE BURGERRECHTELIJKE VOOGDIJREGELING

110. De toepassing van de Belgische voogdijregeling op niet-begeleide minderjarige vreemdelingen is niet vanzelfsprekend en werd door de praktijk slechts zelden toegepast[24].

111. Ingevolge de toepassing van de (huidige[25]) verwijzingsregels van het Belgische internationaal privaatrecht zal de voogdij over een niet-begeleide

---

[23] M.-C. FOBLETS, S. BOUCKAERT en C. RYNGAERT, "De rechtspositie van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen zonder (gestabiliseerd) verblijfsstatuut, een overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen tussen 1999 en 2001, getoetst aan enkele grond- en mensenrechtenverplichtingen en geproblematiseerd vanuit het vraagstuk van de grondwettelijke verdeling van bevoegdheden in ons land", in M.-C. FOBLETS, B. HUBEAU en D. VANHEULE (eds.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen* (Deel 7), Brugge, Die Keure, 2002, 360 (hierna geciteerd als M.-C. FOBLETS, S. BOUCKAERT en C. RYNGAERT, *De rechtspositie van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen*).

[24] M. TOMAS, "Les mineurs non accompagnés demandeurs d'asile. Leur représentation juridique. Le défense de leurs droits", *J. dr. Jeun.* 1995, afl. 149, 391.

[25] Het wetsvoorstel houdende Wetboek van Internationaal Privaatrecht bepaalt in zijn artikel 35 immers dat het ouderlijk gezag en de voogdij, evenals de bescherming van de onbekwame persoon of diens goederen beheerst worden door het recht van de Staat op wiens grondgebied die persoon bij instelling van de vordering zijn gewone *verblijfplaats* heeft. Slechts indien dit recht niet in voldoende maatregelen voorziet, wordt de bescherming beheerst door het recht van de Staat waarvan de persoon bij het instellen van de vordering de nationaliteit van heeft. Het Belgische recht is evenwel van toepassing indien het onmogelijk blijkt om maatregelen te nemen waarin het toepasselijke buitenlandse recht voorziet (*Parl. St.* Senaat, 2-1225/1, 161-162). Vgl. art. 15 van de Conventie van Den Haag van 19 oktober 1996 on jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement and co-operation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children (niet in werking te België).

minderjarige in beginsel immers geregeld worden overeenkomstig diens nationale wet[26, 27]. Dit is een toepassing van het beginsel dat de staat en bekwaamheid van een persoon door diens personeel statuut (*lex patriae*) geregeld worden (art. 3, 3° B.W.). De nationale wet bepaalt in welke gevallen de voogdij openvalt, in welke gevallen zij eindigt, en hoe deze ingericht moet worden. De wet die de organisatie van de voogdij beheerst regelt tevens de gevallen van verschoning en uitsluiting van de voogdij, de bevoegdheden en de verplichtingen van de voogd[28]. Ook de machtigingen en formaliteiten (*formae habilitantes*) bij het stellen van bepaalde rechtshandelingen vallen daaronder[29].

(a) Ofwel kent de nationale wet een beschermingsregeling, maar in vele gevallen ligt niet voor de hand hoe de voogdij over het vreemde kind ingesteld moet worden[30]. Een vaak voorkomend probleem betreft de ongelijkwaardigheid van de in het buitenland gekende voogdij-instellingen[31]. De rechtspraak stelt zich echter mild op en past, indien de door de nationale wet voorgeschreven voogdijorganen in België niet bestaan, de lokale vorm toe die functioneel het dichtst aansluit bij de voorgeschreven voogdijvorm (adaptatie)[32].

---

26 A. HEYVAERT, *Belgisch Internationaal Privaatrecht*, Gent, Mys en Breesch, 2001, 137, nrs. 300-301 en G. VAN HECKE EN K. LENAERTS, *Internationaal Privaatrecht*, in *A.P.R.*, Brussel, Story Scientia, 1989, nrs. 439 ev.

27 België ondertekende het Verdrag van Den Haag van 12 juli 1902 tot regeling van de voogdij over minderjarigen. Artikel 1 van het Verdrag bevestigt dat de voogdij van minderjarigen beheerst wordt door hun nationale wet. In artikel 3 wordt evenwel bepaalt dat de wet van de verblijfplaats van de buitenlandse minderjarige wordt toegepast, indien op grond van zijn nationale wet geen maatregelen kunnen worden genomen. Hetzelfde geldt in geval van hoogdringendheid (artikel 7). Dit verdrag is echter enkel toepasselijk op de minderjarige, die tegelijk onderdaan is van én verblijft in een verdragsstaat (artikel 9). Door het geringe succes van het verdrag (enkel België, Duitsland, Italië, Luxemburg, Polen, Portugal, Roemenië en Spanje zijn verdragspartij), zullen slechts weinig alleenstaande minderjarigen de bepalingen ervan kunnen inroepen.

28 G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *o.c.*, nr. 448. Rb. Brussel 21 februari 1995, *J.T.* 1995, 387.

29 H. JACOBS, "Het vervreemden van een onroerend goed geheel of gedeeltelijk toebehorend aan een vreemde minderjarige en het internationaal privaatrecht", *Jur. Falc.* 1990-1991, 431; Cass. 16 juli 1906, *Pas.* 1906, I, 349 (inzake de Haagse Conventie van 1902).

30 K. LAMBEIN, "De bescherming van een buitenlandse minderjarige in België", *A.J.T.* 1996-97, 445-46.

31 M.-C. FOBLETS, S. BOUCKAERT en C. RYNGAERT, *De rechtspositie van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen*, 363, voetnoot 150. Dit probleem kan worden voorkomen indien de diplomatieke of consulaire ambtenaren die in het land waar de voogdij moet worden ingericht de Staat vertegenwoordigen waarvan de minderjarige de nationaliteit heeft, de bevoegdheid hebben in de voogdij te voorzien (art. 2 Haags Voogdijverdrag).

32 Rb. Dendermonde 3 april 1980, *T. Not.* 1980, 305; Rb. Brussel 30 september 1985, *T. Vred.* 1986, 181, noot G. ROMMEL; Vred. Sint-Gillis 25 maart 1986, *T. Vred.* 1987, 165; Vred. Sint-Gillis 28 juli 1989, *T. Vred.* 1990, 114; Vred. Sint-Gillis 21 december 1989, *T. Vred.* 1990, 97; Vred. Sint-Gillis 27 februari 1990, *T. Vred.* 1990, 148 en Brussel 16 januari 1997, *A.J.T.* 1996-97, 444, noot K. LAMBEIN.

(b) Ofwel ontbreekt in de nationale wet van de minderjarige zelf elke bepaling over mogelijke beschermingsmechanismen. In dat geval kan de rechter, op basis van het belang van het kind, de Belgische burgerrechtelijke voogdijregeling toepassen[33, 34].

112. Maar zelfs als wordt aanvaard dat het Belgische voogdijrecht van toepassing is[35], dan is dit nog geen garantie voor alle niet-begeleide minderjarige vreemdelingen. Ingevolge art. 389 B.W. valt de voogdij immers pas open indien beide ouders overleden zijn, wettelijk onbekend zijn, of in de voortdurende onmogelijkheid zijn om het ouderlijk gezag uit te oefenen[36]. Het is evident dat het vaak problematisch is het bewijs te leveren over het al dan niet meer in leven zijn van één of van beide ouders[37].

113. Wel kan gepleit worden voor een ruime toepassing van het begrip "in de voortdurende onmogelijkheid zijn het ouderlijk gezag uit te oefenen". Uit het feit dat de ouders op permanente wijze in het buitenland gevestigd zijn, kan worden afgeleid dat ze zich in de voortdurende onmogelijkheid bevinden om hun ouderlijk gezag uit te oefenen[38]. Een ruime interpretatie is verantwoord, omdat de voogdijregeling een beschermingsstatuut is, dat in zoveel mogelijk gevallen moet kunnen worden toegepast.

§ 2. DE ADMINISTRATIEVE VOOGDIJ OVER MINDERJARIGEN DOOR HET O.C.M.W.

114. De wet vertrouwt aan het O.C.M.W. de opdracht toe de voogdij waar te nemen over iedere minderjarige over wie niemand het ouderlijk gezag, de voogdij of de materiële bewaring heeft[39], enerzijds, en in te staan voor

---

33 Cf. art. 3 Verdrag en N. WATTÉ, "la notion de minorité et ses implications en droit international privé", *Rev. dr. étr.* 1994, 13.

34 Voor een voorbeeld zie Vred. Asse 2 maart 1999, *T. Not.* 2000, 53, noot C. DE BUSSCHERE.

35 Onder andere doordat de Belgische voogdij gezien wordt als politiewet of door de toepassing van renvoi.

36 P. SENAEVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2003, II, nr. 1223-1224 (hierna afgekort als Compendium).

37 M. BOSSUYT, "Minderjarige asielzoekers", in E. VERHELLEN (ed.), *Rechten van kinderen in de wereld*, Gent, Centrum voor de Rechten van het Kind, 1996, 211-212. Om dezelfde redenen is het moeilijk voor niet-begeleide minderjarige vreemdelingen een pleegvoogdij in te stellen (art. 475*bis* B.W.).

38 M. VERRYCKEN, "De nieuwe voogdij: een eerste verkenning", *T.P.R.* 2001, 1140, nr. 21.

39 Artikel 63 O.C.M.W.-wet.

hun bewaring, onderhoud en opvoeding[40], anderzijds. Het gaat om een publiekrechtelijke en residuaire voogdij[41].

115. Concreet oefent het O.C.M.W. de voogdij uit over twee categorieën van kinderen[42]:

(a) De minderjarigen over wie niemand het ouderlijk gezag, het voogdijgezag of de materiële bewaring heeft. Het volstaat dus niet dat er geen titularis van het ouderlijk gezag noch een voogd van het kind bestaat, het is bovendien vereist dat niemand de materiële bewaring over een kind waarneemt. De voogdij komt toe aan het O.C.M.W. van de gemeente waar het kind zich feitelijk bevindt[43], ongeacht zijn woonplaats.

(b) De minderjarigen die reeds onder de materiële bewaring van het O.C.M.W. staan, en van wie de ouders geheel of gedeeltelijk worden ontzet van het ouderlijk gezag op grond van de Jeugdbeschermingswet[44]. In dit geval kan de jeugdrechtbank, ofwel de sociale dienst van de jeugdrechtbank, de voogdij opdragen aan het O.C.M.W.[45] Als publiekrechtelijk orgaan beschikt het O.C.M.W. waaraan de voogdij wordt opgedragen, niet over de mogelijkheid om de opdracht te weigeren[46].

116. De Raad voor maatschappelijk welzijn duidt de voogd en de toeziende voogd aan onder haar leden[47]. De aangeduide personen oefenen de gemeenrechtelijke bevoegdheden uit van een voogd resp. toeziende voogd[48], met uitzondering evenwel van het beheer van de goederen van de minderjarige, dat wordt toevertrouwd aan de ontvanger van het O.C.M.W[49]. De vrederechter oefent dezelfde controlebevoegdheid uit als in een gemeenrechtelijke voogdij[50].

---

40 Artikel 57, § 3 O.C.M.W.-wet.

41 A. VAN KLEEF, "Kinderen en jongeren en hun recht op maatschappelijke integratie", *T.J.K.* 2002/4, 180.

42 P. SENAEVE, *Compendium*, II, nr. 1376.

43 Artikel 63 O.C.M.W.-wet.

44 Wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming.

45 Artikel 64 O.C.M.W.-wet.

46 P. SENAEVE, *Compendium*, II, nr. 1376.

47 Artikel 65 O.C.M.W.-wet.

48 P. SENAEVE, *Compendium*, II, nr. 1379.

49 Artikel 66 O.C.M.W.-wet. Bij een O.C.M.W.-voogdij geldt dus van rechtswege een systeem van gesplitste voogdij (leden van de Raad voor Maatschappelijk Welzijn voor de persoon, de ontvanger voor de goederen).

50 Voor de wijzigingen door het nieuwe voogdijrecht aangebracht aan de voogdij van het O.C.M.W., zie P. SENAEVE, "Werking van de voogdij inzake de persoon – Wijzigingen in Boek I B.W. inzake huwelijk, adoptie en pleegvoogdij", in P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2002, 96-99.

117. In tegenstelling tot de burgerrechtelijke voogdijregeling rijst hier geen probleem vanuit het internationaal privaatrecht[51]. De voogdij van het O.C.M.W. geldt als een politiewet, waardoor de toepassing van de nationale wet van de minderjarige uitgesloten wordt[52].

118. Wel bestaat er een probleem als het toepassingsgebied *ratione personae* van deze regeling strikt wordt geïnterpreteerd. Zoals hierboven gezegd, volstaat het niet dat er geen titularis van het ouderlijk gezag noch een voogd van het kind bestaat, het is bovendien vereist dat niemand de materiële bewaring over een kind waarneemt. Analoog met de toepassing van de Belgische burgerrechtelijke voogdijregeling op deze niet-begeleide minderjarigen, rijst hier een probleem van bewijs van ontbreken van ouderlijk gezag of voogdij[53].

119. Een tweede probleem betreft de niet-begeleide minderjarigen die documentloos in ons land verblijven. Artikel 57, § 2 O.C.M.W.-wet bepaalt immers dat in afwijking van de andere bepalingen van die wet, de taak van het O.C.M.W. beperkt is tot het verlenen van dringende medische hulp, wanneer het gaat om een vreemdeling die illegaal in het Rijk verblijft[54]. In die zin zou art. 57, § 2 O.C.M.W.-wet een beperking kunnen uitmaken van het toepassingsgebied van art. 57, § 3 O.C.M.W.-wet dat de administratieve voogdij van het O.C.M.W. betreft.

FOBLETS, BOUCKAERT en RYNGAERT stellen dat deze interpretatie genuanceerd dient te worden. Enerzijds wordt gesteld dat de onverkorte toepassing van deze interpretatie strijdig zou zijn met het I.V.R.K. Uit het groeiende aantal vonnissen en arresten van de arbeidsrechtbanken en

---

51 E. DEJONGHE en I. LAMMERANT, "Les candidats refugiés mineurs non accompagnés. *De lege lata et de lege ferenda*", *J.T.T.* 1998, 244-245.

52 Artikel 3 lid 1 B.W.: "de wetten van politie en veiligheid verbinden allen die binnen het grondgebied wonen".

53 Toch wordt de toepasselijkheid van de administratieve voogdij door het O.C.M.W. ten overstaan van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen in de doctrine doorgaans niet in vraag gesteld. Zie daarover A. LESIW en M.-C. THOMAES, *Les missions du C.A.P.S.*, Union des Villes et Communes de Wallonie, 1998, 136-137 en M.-C. FOBLETS, S. BOUCKAERT en C. RYNGAERT, *De rechtspositie van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen*, 365-366. Deze laatsten stellen dat "ouderlijk gezag" en "voogdij" een zekere mate van materiële bewaring van het kind veronderstellen. Daar een niet-begeleide minderjarigen per definitie niet wordt vergezeld door zijn ouder(s) of voogd, impliceert volgens hen dat zowel ouderlijk gezag als voogdij "opgeschort" zijn en dus *de facto* geen bescherming bieden aan de minderjarige. Het lijkt echter nogal artificieel om deze redenering wel te handhaven in geval van administratieve voogdij door het O.C.M.W., als niet naar analogie wordt geredeneerd voor het openvallen van de burgerrechtelijke voogdij.

54 D. TORFS, "Het Verdrag inzake de rechten van het kind en het recht op dienstverlening voor kinderen zonder wettig verblijf", *T.Vreemd.* 2001/2, 102 ev.

-hoven blijkt de verplichtingen voortvloeiend uit het I.V.R.K. het toepassingsgebied van art. 57, § 2 O.C.M.W.-wet beperken[55]. Anderzijds kan worden verdedigd dat art. 57, § 3 O.C.M.W.-wet moet worden opgevat als een *lex specialis* ten aanzien van art. 57, § 2 O.C.M.W.-wet. Deze bepaling spreekt immers van *iedere* minderjarige en maakt daarbij geen uitzondering ten nadele van illegaal verblijvende minderjarigen[56].

Recent heeft het Arbitragehof in een belangwekkend arrest[57] een einde gemaakt aan deze discussie. Het Arbitragehof stelt dat:
"B.7.5. De zorg om te beletten dat de maatschappelijke dienstverlening van haar doel wordt afgewend, zou evenwel niet kunnen verantwoorden dat ze volledig en in alle gevallen wordt geweigerd aan een kind, terwijl zou blijken dat die weigering het ertoe verplicht te leven in omstandigheden die schadelijk zijn voor zijn gezondheid en zijn ontwikkeling en terwijl er geen enkel gevaar zou bestaan dat ouders die geen recht erop hebben, die dienstverlening zouden genieten. […]
B.7.7. Maatschappelijke dienstverlening moet kunnen worden toegekend onder de drievoudige voorwaarde dat (1) de bevoegde overheden hebben vastgesteld dat de ouders hun onderhoudsplicht niet nakomen of niet in staat zijn die na te komen, dat (2) vaststaat dat de aanvraag betrekking heeft op onontbeerlijke uitgaven voor de ontwikkeling van het kind ten voordele van wie die dienstverlening wordt aangevraagd en dat (3) het centrum zich ervan vergewist dat de dienstverlening uitsluitend zal dienen om die uitgaven te dekken.
Het staat dus aan het centrum – onder voorbehoud van een optreden van de wetgever die een andere gepaste regeling zou aannemen – een dergelijke dienstverlening toe te kennen, op voorwaarde evenwel dat die valt binnen de perken van de specifieke behoeften van het kind, dat zij wordt verleend in de vorm van een dienstverlening in natura of een tenlasteneming van uitgaven ten behoeve van derden die een dergelijke dienst verlenen, teneinde elk mogelijk misbruik in het voordeel van de ouders uit te sluiten en met dien verstande dat die dienstverlening niet belet dat de maatregel inzake de verwijdering van de ouders en hun kinderen wordt uitgevoerd.
B.7.8. Op voorwaarde dat de beoogde dienstverlening voldoet aan de in B.7.7 vermelde voorwaarden, zou zij niet kunnen worden geweigerd zonder de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 2, 3, 24.1., 26 en 27 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, te schenden. Binnen die perken dient de prejudiciële vraag bevestigend te worden beantwoord.

---

55 Zie Arbrb. Brussel 10 maart 1999, *J. dr. Jeun.* 1999, afl. 185, 40, noot; Arbrb. Antwerpen 7 juni 1999, *T. Vreemd.* 1998, 364 en Arbrb. Brussel 27 september 2001, *T.J.K.* 2002, afl. 3, 124: "*in casu* dient aan de minderjarige kinderen van vreemde nationaliteit, gesteund op art. 3 Kinderrechtenverdrag, sociale hulp te worden verleend die verder reikt dan enkel de dringende medische hulp". Zie ook Arbrb. Brugge 24 december 2001, *R.W.* 2002-2003, 833.

56 M.-C. FOBLETS, S. BOUCKAERT en C. RYNGAERT, *De rechtspositie van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen*, 365-366, voetnoot 161.

57 Arrest Arbitragehof van 22 juli 2003, nr. 106/2003 (te consulteren op www.arbitrage.be).

Aldus concludeert het Arbitragehof dat artikel 57, § 2, van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 2, 3, 24.1, 26 en 27 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, schendt, in zoverre het, ten aanzien van minderjarigen wier ouders illegaal op het grondgebied van het Rijk verblijven, zelfs de maatschappelijke dienstverlening die zou voldoen aan de in B.7.7 vermelde voorwaarden, uitsluit. Daaruit volgt dat in de toekomst de O.C.M.W.'s minderjarige vreemdelingen, die voldoen aan de in het arrest gestelde voorwaarden, het recht op maatschappelijke dienstverlening niet kunnen ontzeggen, noch dit recht kunnen beperken tot het verlenen van dringende medische hulp.

120. Ten derde worden O.C.M.W.'s van overheidswege belast met alsmaar meer en nieuwe maatschappelijk opdrachten, zowel in als buiten de sfeer van het vreemdelingenbeleid[58]. Sommige O.C.M.W.'s achten daardoor hun werking onvoldoende aangepast om een zo gespecialiseerde opdracht – die hen uitsluitend op grond van een wetsbepaling "overgeërfd uit een ver verleden" wordt opgelegd – naar behoren te kunnen vervullen[59]. Ook het gebrek aan persoonlijke en financiële middelen wordt aangevoerd[60].

121. De samenloop van al deze redenen vormt wellicht de verklaring waarom in de praktijk ook de administratieve voogdij van het O.C.M.W. nauwelijks wordt aangewend om de wettelijke vertegenwoordiging van niet-begeleide minderjarigen van vreemde herkomst te verzekeren[61].

§ 3. PRAGMATISCHE OPLOSSINGEN

122. Uit het voorafgaande blijkt dat de wettelijke vertegenwoordiging van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen in België in nogal wat gevallen niet gewaarborgd is. Het gevolg is dat men in de praktijk is gaan zoeken naar oplossingen om het gebrek aan rechtsbescherming weg te werken.

---

58 M.-C. FOBLETS, S. BOUCKAERT en C. RYNGAERT, *De rechtspositie van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen*, 365.

59 J. SCHEPERS, *Overzicht van het Welzijnsrecht*, Brugge, Die Keure, 1996, 30.

60 A. VAN KLEEF, "De rol van O.C.M.W.'s t.a.v. de niet-begeleide buitenlandse minderjarigen", *T.J.K.* 2000,123-124.

61 S. SAROLEA, "Mineurs étrangers non accompagnés et environnement institutionnel. Le radeau de la Méduse", *J. dr. Jeun.* 1999, afl. 183, 28.

Een eerste oplossing bestaat erin dat men de hulpverleners in de voorzieningen die zorgen voor de materiële opvang van de niet-begeleide minderjarigen, vraagt om ook de beslissingen te nemen die tot de uitoefening van het ouderlijk gezag behoren[62]. Hoewel deze praktijk omzeggens nooit wordt betwist, ontbreekt hiervoor niettemin een wettelijke of decretale basis[63, 64].

Een tweede praktische oplossing om het gebrek aan ouderlijk gezag in te vullen, betreft de inrichting van een zogenaamd peter- of meterschap voor deze jongeren. Men vertrouwt aan de niet-begeleide minderjarigen een vrijwilliger toe die mede instaat voor de begeleiding van deze jongeren en een aantal taken van het voogdijgezag waarneemt[65]. Ook voor deze oplossing bestaat noch een wettelijke noch een decretale grondslag.

123. Naar huidig recht zoekt men voor acute problemen vaak een oplossing door het aanstellen van een *pro Deo*-advocaat[66], al dan niet in combinatie met de benoeming van een voogd *ad hoc*[67]. Geen van beide "instellingen" kan evenwel het ontbreken van een wettelijke vertegenwoordiging opvangen, wat een belemmering vormt voor de dagdagelijkse deelname aan het rechtsverkeer door de niet-begeleide minderjarige. Een *pro Deo*-advocaat biedt weliswaar juridisch bijstand, en de voogd *ad hoc* is bevoegd voor het leiden van specifieke gerechtelijke of administratieve procedures, maar geen van beiden kan beschouwd worden als wettelijke vertegenwoordiger van de minderjarige.

---

62 M.-C. FOBLETS, S. BOUCKAERT en C. RYNGAERT, *De rechtspositie van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen*, 367.

63 *Ibid.* en M. TOMAS, "Les mineurs non accompagnés demandeurs d'asile. Leur représentation juridique. Le défense de leurs droits", *J. dr. Jeun.* 1995, afl. 149, 390.

64 Verslag KAÇAR en LALOY, *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1199/1, 17.

65 M.-C. FOBLETS, S. BOUCKAERT en C. RYNGAERT, *De rechtspositie van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen*, 367.

66 P. BURNET, "De rol van de advocaat in relatie tot de niet-begeleide buitenlandse minderjarige", *T.J.K.* 2000, afl. 3, 111-115.

67 J.-Y. CARLIER, "La demande d'asile introduite par un mineur non accompagné", *Rev. Dr. Etr.* 1994, 100-101.

HOOFDSTUK V.
DE VOORAFGAANDE WETSVOORSTELLEN HOUDENDE HET INSTELLEN VAN EEN VOOGDIJ OVER DE NIET-BEGELEIDE MINDERJARIGE VREEMDELINGEN

124. De voorbije legislatuur werden twee voorstellen ingediend met als bedoeling om voor de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen een regeling van wettelijke vertegenwoordiging te voorzien. Deze voorstellen hebben het uiteindelijk niet gehaald.

§ 1. HET WETSVOORSTEL VAN DECROLY, TALHOUI EN GILKINET

125. Het wetsvoorstel van DECROLY, TALHOUI en GILKINET[68] beoogde de oprichting van een bijzonder administratief voogdijorgaan voor niet-begeleide minderjarige asielzoekers.

126. Het wetsvoorstel vertrok vanuit de vaststelling dat in de Vreemdelingenwet geen bijzondere regeling is voorzien voor niet-begeleide minderjarigen. Daardoor heeft de Dienst Vreemdelingenzaken jegens hen dezelfde controle-opdracht als ten aanzien van de meerderjarigen. De indieners van het voorstel concludeerden daaruit dat de aanpak van de zaak van een jonge asielzoeker dus niet wordt ingegeven door het hoger belang van de jongere, maar door de algemene taakstelling van de Dienst inzake vreemdelingenpolitie, met alles wat daarmee gepaard gaat op het stuk van achterdocht, dwang en repressie[69]. Het is noodzakelijk een regeling uit te werken voor deze niet-begeleide minderjarigen die vertrekt van het hoger belang van de jongere.

127. Omdat op het veld werd vastgesteld dat het ontbreken van een echt alternatief voor het ouderlijk gezag en van een wettelijk vertegenwoordiger problematisch is, stelden de indieners voor een Bijstands- en toezichtscommissie op te richten. Die Commissie zou samengesteld worden uit een magistraat, een psycholoog en sociale assistenten. Haar taak zou erin bestaan

---

68 Wetsvoorstel van 20 september 1999 met betrekking tot de niet-vergezelde asielzoekers beneden de achttien jaar, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-102.

69 *Ibid.*, 6.

om een definitieve beslissing te nemen bij geschillen over het al dan niet bereiken van de meerderjarigheid van de jongere, enerzijds, en het aanwijzen van een referentiepersoon voor de niet-vergezelde minderjarige, anderzijds. Bij de indiening van een asielverzoek door een niet-vergezelde minderjarige moet de Dienst Vreemdelingenzaken haar onderzoek schorsen, en moet ze de Commissie binnen een termijn van 48 uur op de hoogte brengen.

128. Deze referentiepersoon zou dus een volwassene zijn, door de Bijstands- en toezichtscommissie aangewezen, en die zou fungeren als vertrouwenspersoon en als referentiepunt. Hij vervult permanent een brugfunctie tussen de overheid en de jongere[70]. De referentiepersoon ontvangt alle officiële berichten in verband met de jongere, begeleidt hem in alle stadia van de procedure en ziet toe op de inachtneming van zijn belangen en rechten. De vertrouwenspersoon helpt de jongere bij het zoeken naar aangepaste huisvesting, maakt hem de betekenis van ieder stadium van de procedure duidelijk, ziet erop toe dat eventuele beroepstermijnen niet verstrijken, zoekt mee om tot een duurzame oplossing te komen en fungeert eventueel als tussenpersoon met de advocaat. De referentiepersoon licht de Bijstands- en toezichtscommissie geregeld in over de wijze waarop hij het dossier opvolgt.

129. Het wetsvoorstel vertrok als uitgangspunt *ratione personae* van niet-vergezelde minderjarige asielzoekers[71]. Dit is een gebrek, omdat de categorie van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen ruimer is dan niet-begeleide minderjarigen die asiel aanvragen.

§ 2. HET WETSVOORSTEL-LIZIN

130. Het wetsvoorstel-LIZIN wilde een (*ad hoc*) voogdijregeling instellen voor niet-begeleide minderjarigen in opvangcentra voor vluchtelingen[72]; deze regeling zou in de Vreemdelingenwet opgenomen worden.

---

70 Als geen referentiepersoon gevonden wordt, moet door voorzitter van het O.C.M.W. van de aan de niet-vergezelde minderjarige asielzoeker toegewezen verblijfplaats worden aangeduid als referentiepersoon. Zie artikel 8 voorstel, p. 22-23. Ook hier blijft het O.C.M.W. dus een residuaire taak behouden.

71 *Ibid.*, 20, art. 2 *jo.* art. 3.

72 Wetsvoorstel van 20 juli 2001 tot wijziging van de Vreemdelingenwet en van artikel 596 van het Gerechtelijk Wetboek om een voogdijregeling in te stellen voor niet-begeleide minderjarigen in opvangcentra voor vluchtelingen, *Parl. St.* Senaat, nr. 2-881.

131. Het was de bedoeling dat de directeur van het centrum dat de jongere opvangt automatisch aangewezen zou worden als voogd. Indien die weigert, wijst de vrederechter van de plaats waar het opvangcentrum gevestigd is een andere vertrouwenspersoon aan[73].

132. *Ratione personae* was het toepassingsgebied nog enger dan het wetsvoorstel van DECROLY, TALHOUI en GILKINET omdat het enkel een voogdijregeling installeerde (a) voor niet-begeleide minderjarigen die asielzoeker zijn en (b) die in een opvangcentrum voor vluchtelingen verblijven.

Net zoals bij het voorafgaande wetsvoorstel kan ook hier opgemerkt worden dat het beperken van het toepassingsgebied ertoe leidt dat voor de grote groep van niet-begeleide minderjarigen die geen asielaanvraag indienden, geen juridisch kader wordt gecreëerd.

133. Bovendien zou de voogdij alleen de persoon van de minderjarige betreffen, en geenszins zijn vermogen. De voogd neemt beslissingen betreffende de opvang van de minderjarige, zijn gezondheid, zijn opleiding en verstrekt hem alle nodige hulp. Alle administratieve stukken, zoals het bevel om het grondgebied te verlaten, die aan de minderjarige worden bezorgd, worden de voogd betekend.

[73] In dit wetsvoorstel wordt geen bepaling opgenomen die in hoofde van het O.C.M.W. een residuaire verplichting vooropstelt. Het staat de rechter natuurlijk vrij om het O.C.M.W. als voogd aan te wijzen.

HOOFDSTUK VI.
DE WET VAN 24 DECEMBER 2002 – PROGRAMMAWET (I)

§ 1. SITUERING

134. De wet organiseert een bijzondere vorm van voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen. Bij de Federale Overheidsdienst Justitie wordt daartoe een "*Dienst Voogdij*" opgericht, belast met het organiseren van deze bijzondere voogdij.

§ 2. BRON

135. De voogdijregeling is opgenomen in hoofdstuk 6 van de Programmawet (I) van 24 december 2002[74]. Dit hoofdstuk bevat één artikel – art. 479 – dat op zijn beurt onderverdeeld wordt in 29 artikelen.

136. Deze beschermingsregeling werd niet in het B.W.[75] opgenomen en vormt dus een bijzondere wetgeving[76], de wet op de voogdij van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen (hierna geciteerd als WnBMV).

137. De vraag rees of de federale overheid bevoegd is om maatregelen te nemen in verband met minderjarige vreemdelingen, gezien de federale staatsstructuur[77].

Krachtens art. 5, § 1, II, 3° en 6° van de Bijzondere wet op de hervorming der instellingen van 8 augustus 1980, zijn immers de Gemeenschappen, wat bijstand betreft, bevoegd voor:
"3° Het beleid inzake onthaal en integratie van inwijkelingen.
[…]
6° De jeugdbescherming, met inbegrip van de sociale bescherming en de gerechtelijke bescherming, maar met uitzondering van:

---

74 *B.S.* 31 december 2002.

75 Senator VANDENBERGHE had ervoor gepleit de voogdij over de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen in te voeren in het B.W., na de burgerrechtelijke voogdijregeling (*Parl. St.* Senaat, nr. 2-1390/2, 145 (amendement 312); *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1390/5, 32 en *Hand.* Senaat, nr. 2-256, 44-45).

76 Zie opmerking senator DE SCHAMPHELAERE en antwoord daarop door de Minister, *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1390/5, 32.

77 Verslag KAÇAR en LALOY, *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1199/1, 24-27.

a) de burgerrechtelijke regels met betrekking tot het statuut van de minderjarigen en van de familie, zoals die vastgesteld zijn door het B.W. en de wetten tot aanvulling ervan […]".

De federale overheid blijft dus bevoegd voor het personen- en familierecht, met inbegrip van de afstamming, het gezag over minderjarigen, de voogdij, enz. De federale overheid is eveneens bevoegd voor alles wat betrekking heeft op de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, alsook de bepaling van de hoedanigheid van vluchteling. Het beleid betreffende niet-begeleide minderjarige vreemdelingen is dus ten dele een federale bevoegdheid en ten dele een bevoegdheid van de Gemeenschappen[78].

De Raad van State onderstreepte in zijn advies inzake het wetsvoorstel houdende voogdij over niet-begeleide minderjarigen dat aangezien het wetsvoorstel ertoe strekt om voor niet-begeleide minderjarigen een specifieke voogdij in te stellen teneinde ervoor te zorgen dat ze vertegenwoordigd worden, vooral in de procedures betreffende asiel en verblijf, het voorontwerp onder de bevoegdheid van de federale overheid ressorteert[79].

138. Initieel werd niet voorgesteld dat de Programmawet dit bijzondere voogdijregime zou bevatten. De voogdijregeling is het resultaat van jarenlang overleg op niveau van werkgroepen en op interkabinettenvergaderingen[80]. Op basis van het reeds verrichte werk, werd door de Ministerraad een wetsontwerp goedgekeurd, waarover de Raad van State een advies heeft uitgebracht[81]. Uiteindelijk belandde de regeling in een stroomversnelling, omdat België al meermaals op de vingers getikt werd wegens verzuim zijn internationale verplichtingen na te leven[82], enerzijds, en omwille van de massale verontwaardiging vanuit de publieke opinie naar aanleiding van de in de media breed uitgesmeerde zaak-*Tabita Mubilanzila*[83], anderzijds.

---

78 Waarbij de Gemeenschappen instaan voor de opvang van de niet-begeleide minderjarigen die geen kandidaat-vluchteling zijn. Hoewel zij daartoe in principe slechts subsidiair gehouden zijn, komt dit *de facto* toch veel voor omdat de O.C.M.W.'s die principieel gehouden zijn vaak niet optreden.

79 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 34.

80 Over de voorbereiding zie B. VAN KEIRSBILCK, "Voogdij over de "niet begeleide minderjarige vreemdelingen"", *T.J.K.* 2002/2, 62-67.

81 Het advies van de Raad van State is te lezen in het amendement dat de tekst in de Programmawet invoegt, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 34-46.

82 Zie o.a. *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/28, 57 en *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1390/5, 3.

83 Het betrof het onbegeleid terugsturen van een meisje van Congolese nationaliteit, zonder dat in het land van herkomst maatregelen genomen waren voor de opvang van het kind, zie o.a. IVD, "verbolgenheid over uitwijzing Congolees kind", *De Standaard*, 19 oktober 2002.

Wegens deze zogenaamde urgentie is het wetsontwerp uiteindelijk als amendement[84] op het ontwerp van Programmawet (I) ingediend[85].

§ 3. GEVALLEN WAARIN DE VOOGDIJ WORDT INGERICHT

139. De bijzondere, administratieve voogdijregeling is van toepassing (art. 5 WnBMV):

1° op elke persoon van minder dan 18 jaar,
2° die onderdaan is van een land dat geen lid is van de Europese Economische Ruimte,
3° die niet begeleid is door een persoon die het ouderlijk gezag of de voogdij over hem uitoefent krachtens zijn nationale wet,
4° en die:
   a. ofwel de erkenning van de hoedanigheid van vluchteling heeft aangevraagd;
   b. ofwel niet voldoet aan de voorwaarden inzake toegang tot en verblijf op het Belgisch grondgebied, zoals vastgesteld in de Vreemdelingenwet.

140. Omdat al de elementen van deze definitie constitutief zijn voor de toepasbaarheid van de wet, gaan we hier dieper in op elk onderdeel ervan.

A. Elke persoon van minder dan 18 jaar

141. De Raad van State had opgemerkt dat, als het de bedoeling was van deze regel een politiewet te maken, hij duidelijk geformuleerd moest worden, aangezien de voogdij in principe beheerst wordt door de nationale wet van de minderjarige (zie art. 3, 3 B.W. en art. 1 van het Haags Voogdijverdrag van 1902)[86]. De wetgever paste daarop de regel aan zodat aangenomen kan worden dat het een wet van politie en veiligheid[87] betreft

---

84 Amendement nr. 180 van 27 november 2002 van de dames PELZER-SALANDRA en BARZIN, de heren ERDMAN, GERMEAUX en de dames GRAUWELS, HERZET en LALIEUX, *Parl. St.* Kamer, nr. 2124/15), zie *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/28, 52.

85 In het parlement werd veel kritiek geuit op het opnemen van dergelijke belangrijke regeling in een Programmawet, alsook tegen de snelheid waarmee over deze materie gegaan werd. Zie opmerkingen J. SCHAUVLIEGE, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/28, 51; senator T' SERCLAES, *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1390/5, 7; senator VANDENBERGHE, *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1390/2 (amendement nr. 312); *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1390/5, 26 en *Hand.* Senaat, nr. 2-256, 41 en 44-45).

86 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 38.

87 Parl. St. Kamer, nr. 50-2124/15, 22.

(art. 3, 1e lid B.W.) die iedereen verbindt die op het Belgisch grondgebied verblijft[88].

142. Ingeval de Dienst Voogdij of de overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering twijfel hebben omtrent de leeftijd van de betrokkene, laat de Dienst Voogdij de leeftijd nagaan door middel van een medisch onderzoek[89] (art. 7, § 1 WnBMV en art. 5 ontwerp-K.B.)[90]. Het medisch onderzoek geschiedt onder toezicht van de Dienst Voogdij. De kosten van dat medisch onderzoek zijn ten laste van de overheid die erom verzocht heeft. In geval van twijfel over de uitslag van het medisch onderzoek, wordt met de jongste leeftijd rekening gehouden (art. 7, § 3 WnBMV)[91].

B. Die onderdaan is van een land dat geen lid is van de Europese Economische Ruimte

143. De Europese Economische Ruimte (E.E.R.) is ruimer dan de Europese Unie. Behalve de 15 Lidstaten van de Unie (medio 2004 zijn dat 25 Lidstaten[92]), omvat zij ook IJsland, Liechtenstein en Noorwegen.

144. De wetgever oordeelt dat minderjarigen die onderdaan zijn van een Lidstaat van de E.E.R. niet onder het bijzondere voogdijregime moeten vallen. Om deze keuze te rechtvaardigen wordt verwezen naar de vaststelling dat in de praktijk problemen betreffende niet-begeleide minderjarigen afkomstig uit een van deze landen op een vrij eenvoudige en snelle wijze worden opgelost door rechtstreekse contacten met de nationale autoriteiten, of met de diplomatieke of consulaire overheden van die landen, dit terwijl uit die praktijk eveneens blijkt dat contacten met de ambassades of de consulaten van andere Staten niet toereikend zijn, en niet de mogelijk-

---

88 P. SENAEVE, *Compendium*, II, nr.1336.

89 Voor problemen in verband met het onderzoek zie B. VAN KEIRSBILCK, "Voogdij over de 'niet begeleide minderjarige vreemdelingen'", *T.J.K.* 2002/2, 63.

90 In de parlementaire voorbereiding wordt benadrukt dat de Dienst Voogdij en de voogden en de instellingen bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering naast elkaar werken: *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 18.

91 Vgl. U.N.H.C.R., *Guidelines on Policies and Procedures in dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum*, Genève, februari 1997, art. 5.11, c): "the child shoud be given the benefit of the doubt if the exact age is uncertain".

92 Tijdens de parlementaire voorbereiding werd de vraag gesteld of de uitbreiding van de E.U. ook een uitbreiding van de E.E.R. met zich meebrengt (*Parl. St.* Kamer, 50-2124/28, 56). Deze vraag werd niet beantwoord. Toetreding tot de E.U. veronderstelt evenwel automatisch toetreding tot de verdragen die door de E.U. werden gesloten. De uitbreiding van de Unie brengt dus een evenredige uitbreiding van de E.E.R. mee.

heid bieden om op korte termijn een oplossing voor het kind uit te werken[93].

C. Die niet begeleid is door een persoon die het ouderlijk gezag of de voogdij over hem uitoefent krachtens zijn nationale wet

145. Met het oog op de bescherming van zoveel mogelijk kinderen wordt geopteerd voor een restrictieve omschrijving van het begrip begeleiding, te weten beperkt tot de vader en de moeder en tot de voogd aangewezen volgens de nationale wet van de minderjarige.

146. Door deze restrictieve omschrijving moet het voogdijstelsel worden toegepast op minderjarigen die enkel worden begeleid door een echt of vermeend familielid (broer/zus, oom/tante, neef/nicht,…) of door om het even welke andere volwassene (mits natuurlijk ook aan de andere toepassingsvoorwaarden is voldaan)[94].

147. De wetgever meende dat een uitgebreider toepassingsgebied de kinderen bovendien beter zou beschermen tegen het illegale personenverkeer en de mensenhandel[95].

D. En die ofwel de erkenning van de hoedanigheid van vluchteling heeft aangevraagd, ofwel niet voldoet aan de voorwaarden inzake toegang tot en verblijf op het Belgisch grondgebied, zoals vastgesteld in de Vreemdelingenwet

1. Situatie van de minderjarige in het vreemdelingenrecht

a. Het traditionele concept van de minderjarige in het vreemdelingenrecht

148. In België is de verblijfsreglementering nader uitgewerkt in de Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna verkort geciteerd als de Vreemdelingenwet)[96].

149. De Vreemdelingenwet vertrekt van de idee dat de minderjarige de wettelijke vertegenwoordiger, van wie zij ten laste zijn, vergezelt of hem in

---

93 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 23.

94 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 23.

95 *Ibid.*

96 *B.S.* 31 augustus 1980. De wet werd inmiddels al meermaals gewijzigd. Voor een grondige bespreking zie M.-C. FOBLETS EN B. HUBEAU (eds.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen* (Deel 3), Brugge, Die Keure, 1999, 389 p.

het raam van gezinshereniging vervoegt[97]. Dit concept van meekomende of nakomende minderjarige biedt echter geen werkbaar juridisch kader om in het domein van de verblijfsreglementering rechtens afdwingbare oplossingen te vinden voor de situatie waarin alleenstaande buitenlandse kinderen verkeren of gevonden worden[98]. Daarenboven blijken nagenoeg alle in de Vreemdelingenwet voorziene rechtsgronden voor het bekomen van een verblijfstitel nauwelijks dienstig voor de casus van de niet-vergezelde minderjarige verblijfhouder van buitenlandse nationaliteit[99].

150. *De facto* heeft de minderjarige twee "opties": ofwel vraagt de hij asiel aan, ofwel doet hij dat niet[100]. Enkel de niet-vergezelde minderjarige vreemdeling die asiel aanvraagt zal, minstens tijdelijk, legaal in België verblijven[101].

b. De minderjarige die asiel aanvraagt

151. Een niet-begeleide minderjarige vreemdeling kan vragen om erkend te worden als VN-vluchteling in de zin van de Conventie van Genève[102]. Minderjarigen die dit doen, noemt men alleenstaande minderjarige asielzoekers. Ons asielrecht maakt geen onderscheid naargelang de leeftijd van de persoon die asiel aanvraagt[103]; er bestaat naar Belgisch recht dus geen speciale asielprocedure voor alleenstaande minderjarige asielzoekers[104].

152. Bij een minderjarige kandidaat-vluchteling kunnen echter juridische problemen rijzen omwille van zijn handelings(on)bekwaamheid. Overeen-

---

97 M.-C. FOBLETS, "Kinderen van buitenlandse of onbekende nationaliteit zonder identiteitspapieren en/of zonder wettige verblijfstitel in Belgie. Een verkennende studie van enkele interne en internationale rechtsbronnen die de versteviging van de verblijfspositie van deze jongeren in België kunnen bevorderen, *Jaarboek Mensenrechten 1996-97*, Antwerpen, Maklu, 1997, 105-147.

98 M.-C. FOBLETS, S. BOUCKAERT en C. RYNGAERT, *De rechtspositie van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen*, 318

99 *Ibid.*

100 Voor een uitzonderlijke categorie, de slachtoffers van mensenhandel, is het mogelijk een recht op verblijf te verwerven op basis van het bijzonder verblijfsstatuut dat voor hen in het leven werd geroepen door de omzendbrieven van 7 juli 1994 en 13 januari 1997.

101 Althans op basis van de Vreemdelingenwet zelf. Voor het administratief verblijfsrecht van de minderjarige, zie nr. 63 ev.

102 U.N.H.C.R., *Guidelines on Policies and Procedures in dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum*, Genève, februari 1997, art. 6: "Children should be entitled to asylum procedures, regardless of their age".

103 In de rechtsleer bestaat discussie of België op deze wijze zijn internationale verplichtingen nakomt. Zie daarover M.-C. FOBLETS, S. BOUCKAERT en C. RYNGAERT, *De rechtspositie van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen*, 321, in het bijzonder voetnoot 25.

104 Verslag KAÇAR en LALOY, *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1199/1, 44, aanbeveling 6.

komstig de voorschriften van het Belgisch internationaal privaatrecht[105] wordt de handelingsbekwaamheid van een minderjarige, evenals de sanctie die voortvloeit uit diens eventuele handelingsonbekwaamheid, in beginsel vastgesteld door diens nationale wet[106]. Enkel indien de nationale wet daaromtrent geen bepalingen bevat, zullen de Belgische regels toegepast worden.

153. Naar Belgisch recht is een minderjarige handelingsonbekwaam[107]. Het betreft in principe een algemene en volledige handelingsonbekwaamheid: zij betreft alle rechtshandelingen en alle rechtsvorderingen, behoudens de uitdrukkelijk door de wet aangegeven of op basis van een rechtsgewoonte aanvaarde uitzonderingen[108]. De minderjarige moet in alle procedures die hem aanbelangen vertegenwoordigd worden door zijn wettelijke vertegenwoordiger, namelijk door zijn ouders, zijn enige ouder of zijn voogd (zogenaamde procesonbekwaamheid van minderjarigen). Indien de minderjarige toch zelf optreedt, is zijn handeling vernietigbaar. Het betreft een relatieve nietigheid[109]. Bijgevolg kan *a priori* alleen een begeleide, en dus vertegenwoordigde minderjarige, een asiel- of verblijfsprocedure starten en voeren.

154. Desalniettemin aanvaarden zowel de wetgever[110] als de rechtspraak[111] in België vandaag uitzonderingen op deze regel[112]. Wat betreft de

---

105 Art 3, lid 3 B.W.: "de wetten betreffende de staat en bekwaamheid van personen zijn toepasselijk op Belgen, ook wanneer zij in het buitenland verblijven". Hoewel deze regel unilateraal geformuleerd is werd al vroeg aangenomen dat deze regel gemultilateraliseerd moet worden. Zie Cass. 16 juli 1906, *Pas.* 1906, I, 349 en *Rev. Dr. Internat. Privé* 1907, 812 ; A. HEYVAERT, *Belgisch internationaal privaatrecht. Een inleiding*, Gent, Mys en Breesch, 2001 en H. VAN HOUTTE, *Internationaal Privaatrecht*, Leuven, Acco, 31.

106 R.v.St. 12 maart 1980, *R.W.* 1980-81, 858, noot J. DE CEUSTER en N. WATTÉ, "la notion de minorité et ses implications en droit international privé", *Rev. dr. étr.* 1994, 7-13.

107 Ingevolge artikel 488 B.W.

108 P. SENAEVE, *Compendium*, II, nrs. 1389-1390.

109 *Ibid.*, nr. 1416.

110 Zo behandelde de wetgever voor de parlementsontbinding een wetsontwerp strekkende tot verlenen van procesbekwaamheid aan minderjarigen (wetsontwerp van 19 juli 2002 betreffende het recht van minderjarigen op toegang tot de rechter), *Parl. St.* Kamer 50-1975/1, ingediend in de Senaat als *Parl. St.* Senaat 2-626 en overgezonden naar de Kamer. Het ontwerp was in bespreking in de Kamercommissie Justitie bij de parlementsontbinding.

111 R.v.St. nr. 30.985, 19 oktober 1988, *J. dr. Jeun.* 1988, afl. 9, 24; Arbrb. Brussel 22 juni 1994, *J. dr. Jeun.* 1996, 230; Luik 30 juni 2000, *J. dr. Jeun.* 2001, afl. 205, 42, noot F. DRUANT; Luik 28 januari 2002, *T.J.K.* 2002, afl. 3, 128, noot E. DE KEZEL en Luik 12 februari 2002, *J.T.* 2002, afl. 6065, 407.

112 E. DE KEZEL, "De procesbekwaamheid van de minderjarige", *A.J.T.* 1998-99, 249-273; S. SAROLEA, "Mineurs étrangers non accompagnés et environnement institutionnel. Le radeau de la Méduse", *J. dr. Jeun.* 1999, afl. 183, 23-32 en A. WYLLEMAN, "De minderjarige en het burgerlijk recht: evaluatie van de huidige burgerlijke rechtspositie en enkele modellen tot wijziging", in E. CHRISTIAN en J. GERLO (eds.), *Van jeugbeschermingsrecht naar jeugdrecht?*,

(oudere[113]) alleenstaande minderjarige kandidaat-vluchtelingen aanvaardt de Raad van State[114] een zeker mate van handelingsbekwaamheid *sui generis*.

155. Als juridische basis voor deze procesbekwaamheid wordt door sommigen aangehaald dat het gaat om de uitoefening van een persoonlijkheidsrecht[115]. De minderjarige die over voldoende onderscheidings- en uitdrukkingsvermogen beschikt, moet in staat zijn op een rijpe en volwassen wijze een asielaanvraag in te dienen of beroep in te stellen tegen een afwijzende beslissing: het gaat hier immers om persoonsgebonden rechten[116]. Anderen beschouwen de indiening van een asielaanvraag daarentegen als een bewarende handeling. Een minderjarige die voldoende feitelijk bekwaam is kan immers zelf en zelfstandig daden van bewaring stellen, met inbegrip van proceshandelingen[117].

156. Geen van beide theorieën biedt echter een afdoende grondslag voor handelingsbekwaamheid van minderjarigen in asielprocedures. Zeker voor jongeren onder de leeftijdsgrens van 15 of 16 jaar drong een wettelijke regeling zich op[118].

Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1990, 23-63.

113 Het Hoog Commissariaat voor de vluchtelingen van de VN stelt dat minderjarigen ouder dan 16 jaar – behalve indien daarvoor tegenwijzingen bestaan – als voldoende rijp moeten worden beschouwd om een gegronde vrees voor vervolging te kunnen hebben. Zie U.N.H.C.R., *Guidelines for interviewing unaccompanied refugee children and adolescents and preparing social histories*, Genève, 1988. In België achten zowel de Dienst Vreemdelingenzaken, het Commissariaat-generaal en de Vaste beroepscommissie een minderjarige vanaf 15 bekwaam om zelfstandig een asielaanvraag in te dienen en alle stappen van de asielprocedure te doorlopen (onder andere V.B.V. nr. 97/540/F510, 20 augustus 1997). Ook Luik 28 april 2000, *Act. Dr.* 2001, 349, noot S. DEVAL en *J. dr. Jeun.* 2001, afl. 210, 39, noot I. DOGNE legt de lat voor procesbekwaamheid – weliswaar los van de problematiek van niet-begeleide minderjarigen – op 15 jaar. Zie de recente uitspraak van de Commissie voor Regularisatie van 11 maart 2002, *T.J.K.* 2002, afl. 3, 122 die zelfs de geldigheid aanvaardt van het indienen van het verzoek tot regularisatie door een niet-begeleide minderjarige vluchteling van 13 jaar oud.

114 R.v.St. nrs. 57.708 en 57.709, 22 januari 1996; R.v.St. nr. 62.500, 11 oktober 1996 en R.v.St. nr. 65.754, 1 april 1997.

115 En wordt het recht om asiel aan te vragen gekwalificeerd als een persoonlijkheidsrecht: B. LEROI, "Het kind en de persoonlijkheidsrechten en grondrechten: in welke mate kunnen deze rechten geëffectueerd worden?", *Jura Falc.* 1992-93, 289-315.

116 L. DE SMET, "minderjarige asielzoekers in België: probleemstelling en voorstellen", in D. CUYPERS, B. HUBEAU en M.-C. FOBLETS (eds.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen* (Deel 6), Brugge, Die Keure, 2001, 367.

117 P. SENAEVE, *Compedium*, II, nr. 1431.

118 Voor het inwerkingtreden van de voogdijregeling voor niet-begeleide minderjarige vreemdelingen bestaat immers enkel de mogelijkheid om een *ad hoc*-voogd te laten aanstellen door de Voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg (A. JONCKHEERE en K. GROSJEAN, *Situation juridique des enfants étrangers en Belgique. Le cas des mineurs non accompagnés* , Luik, Editions Jeunesse et droit, 2000, 32).

157. Alleenstaande minderjarige asielzoekers worden, zelfs als het asiel niet toegestaan wordt, principieel niet teruggestuurd naar het land van herkomst tot ze meerderjarig (18 jaar) zijn[119]. Een niet-begeleide minderjarige vreemdeling die aan asielaanvraag heeft ingediend ontvangt een verblijfsdocument, namelijk een bijlage 25 als de aanvraag werd ingediend aan de grens, of een bijlage 26 als de aanvraag werd ingediend op het grondgebied. Hij ontvangt ook een attest van immatriculatie bij zijn inschrijving in de gemeente. Ingeval de asielprocedure wordt afgesloten met de erkenning van de hoedanigheid van vluchteling, wordt de minderjarige in het bezit gesteld van een bewijs van inschrijving in het bevolkingsregister[120]. Als de asielaanvraag verworpen wordt, dan ontvangt de niet-begeleide minderjarige een voorlopige verblijfstitel (*cf infra* sub c).

c. De niet-begeleide minderjarige die geen asiel aanvraagt

158. De tweede groep niet-begeleide minderjarige vreemdelingen vraagt geen asiel aan of is zelfs uitgeprocedeerd.

159. De dienstnota B.44 van 1 maart 2002 voorziet in een eigensoortig, gefaseerd, administratief verblijfsstatuut voor de niet-verwijderbare alleenstaande minderjarigen[121]. Het in de dienstnota uitgewerkte beschermingssysteem geldt tot het bereiken van de leeftijd van 18 jaar; het gaat dus om een tijdelijk verblijfsrecht[122]. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen niet-begeleide minderjarigen die één van de procedures hebben gevoerd zoals beschreven in de Vreemdelingenwet, en niet-begeleide minderjarigen die zich niet kunnen beroepen op een procedure zoals beschreven in de vreemdelingenwet[123].

160. (1°) Niet-begeleide minderjarigen die een procedure zoals bepaald in de Vreemdelingenwet hebben uitgeput en een negatieve beslissing hebben bekomen kunnen het Bureau niet-begeleide minderjarigen[124]

---

119 Naar analogie met de andere minderjarigen, *cf. infra* sub nrs. 158 e.v.

120 Zie art. II.D.2. van de omzendbrief van 17 juli 2001 houdende preciseringen aangaande de rol van het gemeentebestuur in het raam van de toepassing van de Vreemdelingenwet, alsmede aangaande de taken van bepaalde bureaus van de Dienst Vreemdelingenzaken, *B.S.* 28 augustus 2001.

121 Zie nr. 5, voetnoot 10.

122 Voor een definitie van het begrip niet-begeleide minderjarige in deze dienstnota, zie nr. 5.

123 J. VAN DER AUWERAERT, "Buitenlandse niet-begeleide minderjarigen in België: wie moet tegen wie beschermd worden", *T.J.K.* 2003/1, 16 ev.

124 Het Bureau niet-begeleide minderjarigen is een afdeling van de Dienst Vreemdelingenzaken. Zie art. II.D.2. van de omzendbrief van 17 juli 2001 houdende preciseringen aangaande de rol van het gemeentebestuur in het raam van de toepassing van de Vreemdelingenwet, alsmede aangaande de taken van bepaalde bureaus van de Dienst Vreemdelingenzaken, *B.S.* 28 augustus 2001.

verzoeken de termijn, vermeld op het hun afgeleverde verblijfsdocument, te verlengen. Is na de periode van één jaar nog steeds geen duurzame oplossing gevonden, en de betrokkene verleent zijn medewerking aan de administratie[125], kan door het Bureau niet-begeleide minderjarigen de procedure hierna sub (2°) beschreven in werking treden.[126]

161. (2°) De tweede categorie zijn de niet-begeleide minderjarigen die zich niet kunnen beroepen op een procedure zoals bepaald in de Vreemdelingenwet.

Indien het bureau niet-begeleide minderjarigen[127] niet onmiddellijk een duurzame oplossing vindt, kan een aankomstverklaring afgeleverd worden voor een periode van 3 maanden. Deze kan meermaals voor dezelfde termijn verlengd worden; de verlenging valt onder de appreciatiebevoegdheid van het bureau (fase 1).

Werd na een periode van 6 maanden onder aankomstverklaring nog steeds geen duurzame oplossing gevonden, en verleent de betrokkene zijn medewerking aan de administratie, kan het bureau niet-begeleide minderjarigen een bewijs van inschrijving in het bevolkingsregister afleveren voor een periode van 6 maanden of 1 jaar[128]. Deze inschrijving kan worden verlengd door het gemeentebestuur, maar enkel op basis van een schriftelijke instructie van de Dienst Vreemdelingenzaken (fase 2).

Indien na een periode van 3 jaar onder het systeem van bewijs van inschrijving in het bevolkingsregister nog steeds geen duurzame oplossing is gevonden en de betrokkene zijn medewerking verleent aan de administratie, kan[129] het Bureau niet-begeleide minderjarigen een bewijs van inschrijving in het bevolkingsregister voor onbepaalde tijd afleveren (fase 3).[130]

---

125 Bijvoorbeeld door het onthullen van zijn echte identiteit of door het onthullen van zijn familiale situatie.

126 In de praktijk wordt deze regel eigenlijk niet toegepast. Uitgeprocedeerde asielzoekers krijgen meestal onmiddellijk een "aankomstverklaring".

127 De niet-begeleide minderjarigen, slachtoffer van mensenhandel, genieten van een bijzonder statuut.

128 Het aanduiden van de periode valt onder de appreciatiebevoegdheid van het Bureau.

129 Het afleveren van het bewijs van inschrijving in het bevolkingsregister valt onder de appreciatiebevoegdheid van het Bureau. Wel worden volgende criteria vooropgesteld: integratie, kennis van één van de drie landstalen, tewerkstelling (stage), schoolresultaten, sociaal gedrag en openbare orde. Zie daarover J. VAN DER AUWERAERT, "Buitenlandse niet-begeleide minderjarigen in België: wie moet tegen wie beschermd worden", *T.J.K.* 2003/1, 16 ev.

130 Deze procedure biedt dus weinig perspectieven voor 16-18-jarigen. Er is immers pas sprake van een beslissing over een permanent verblijfsrecht na drie jaar. De tijdelijke bescherming die men deze jongeren aanbiedt, mondt dus bijna steeds uit in een terugkeer naar het herkomstland of in een illegaal verblijf.

162. Het verblijfsrecht van deze minderjarigen is dus een administratief verblijfsrecht. Het ware wenselijk dergelijke regeling in een wet te regelen in plaats van in een omzendbrief[131]. Voorzichtigheid is wel geboden bij een eventuele opname van dit (tijdelijk) verblijfsrecht in de Vreemdelingenwet. Dit zou immers tot gevolg hebben dat de minderjarige dan immers wel zou voldoen aan de voorwaarden inzake toegang tot en verblijf op het Belgisch grondgebied, zoals vastgesteld in de Vreemdelingenwet, waardoor hij uitgesloten zou worden uit het toepassingsgebied van de WnBMV (zoals dat nu geformuleerd is).

163. Het internationaal recht bepaalt niet dat minderjarigen in geen geval van het grondgebied verwijderd kunnen worden. Wel worden de hypotheses en modaliteiten waaronder (gedwongen) verwijdering van het grondgebied mogelijk is strikt omschreven[132]. Bovendien wordt bepaald dat indien de fysieke verwijdering onder deze omstandigheden onmogelijk is, het kind minstens tijdelijk (tot aan de meerderjarigheid) over een wettig verblijfsstatuut dient te beschikken.

164. Een bevel om het grondgebied te verlaten kan naar Belgisch recht aan een minderjarige slechts afgegeven worden met toepassing van art. 118 van het Koninklijk Besluit van 8 oktober 1981. Dit artikel stelt dat behoudens bijzondere beslissing van de minister (van Binnenlandse Zaken) of zijn gemachtigde, geen bevel om het grondgebied te verlaten mag worden afgegeven aan een vreemdeling die minder dan 18 jaar oud is of die volgens zijn personeel statuut minderjarig is. Dat bevel om het grondgebied te verlaten wordt vervangen door een bevel tot terugbrenging[133]. In voorkomend geval dient in de beslissing vermeld te worden dat art. 118 wordt toegepast omdat uit de verschillende elementen van het dossier blijkt dat de minderjarige van 16 jaar oud voldoende rijpheid heeft om alleen te kunnen rijzen[134].

2. De minderjarige die valt onder het toepassingsgebied van de WnBMV

165. De minderjarige moet dus ofwel de erkenning van de hoedanigheid van vluchteling hebben aangevraagd, ofwel niet voldoen aan de voorwaar-

---

131 Verslag KAÇAR en LALOY, *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1199/1, 46, aanbeveling 6.4.

132 U.N.C.H.R., *Guidelines,* nr. 9.4 en 10.12 tot 10.14 en Resolutie Raad van de Europese Unie, art. 5.1. en 5.4.

133 Het verschil tussen beiden bestaat hierin dat het bevel tot terugbrenging met veel meer waarborgen omkleed moet zijn dan het bevel het grondgebied te verlaten. Zie M.-C. FOBLETS, S. BOUCKAERT en C. RYNGAERT, *De rechtspositie van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen*, 326.

134 Dienstnota Dienst Vreemdelingenzaken d.d. 1 maart 2002, *geciteerd*, V, 4 (zie nr. 101).

den inzake toegang tot en verblijf op het Belgisch grondgebied, zoals vastgesteld in de Vreemdelingenwet. De bepalingen van de WnBMV gelden dus voor niet-begeleide minderjarigen die asiel aanvragen, maar ook voor niet-begeleide minderjarigen die zich aan de grens bevinden[135] en die niet in het bezit zijn van de documenten op grond waarvan zij het grondgebied mogen betreden, of die illegaal op het grondgebied verblijven maar zonder asiel aan te vragen[136].

166. Nagenoeg alle niet-begeleide minderjarigen zullen aan deze toepassingsvoorwaarde voldoen. Immers, vraagt de minderjarige asiel aan, dan is aan de WnBMV toepasbaar. Vraagt de minderjarige geen asiel aan, dan blijken, zoals hierboven werd gesteld (nr. 149), nagenoeg alle in de Vreemdelingenwet voorziene rechtsgronden voor het bekomen van een verblijfstitel nauwelijks dienstig voor de casus van de niet-vergezelde minderjarige verblijfhouder[137]. En is er geen verblijfstitel krachtens de Vreemdelingenwet, dan is de WnBMV toepasbaar[138].

167. De rechtspositie van de alleenstaande minderjarige vreemdeling met een gestabiliseerd verblijfsstatuut (dit is een verblijfsstatuut voor onbepaalde duur) valt evenwel buiten het toepassingsgebied van deze regeling. Het betreft, onder andere, de niet begeleide minderjarigen die met een gunstige afloop de asielprocedure hebben doorlopen en die door België als vluchteling in de zin van de Conventie van Genève werden erkend, evenals de kinderen van buitenlandse oorsprong wiens verblijfsstatuut geregulariseerd werd[139].

---

135 Meestal een transitzone in de luchthaven van Zaventem.

136 B. VAN KEIRSBILCK, "Voogdij over de 'niet begeleide minderjarige vreemdelingen'", *T.J.K.* 2002, afl. 2, 64 bepleit dat de wet niet op strikte wijze toegepast zou worden, omdat men anders het risico loopt bepaalde categorieën minderjarigen uit te sluiten van het voordeel van een door de Staat geboden bescherming.

137 In de parlementaire voorbereiding haalt men evenwel het voorbeeld aan van de niet-begeleide minderjarige vreemdeling die over een toeristenvisum beschikt. Deze ressorteert dus niet onder het toepassingsgebied van de WnBMV (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 23). Er kan ook gedacht worden aan minderjarige die meerderjarigen met een geldig verblijf vergezellen en dus zelf ook over een geldige voorlopige verblijfstitel beschikken. Een ideaal achterpoortje?

138 In beide hypothesen wordt er natuurlijk van uitgegaan dat ook de andere toepassingsvoorwaarden van de WnBMV zijn vervuld.

139 Voor opmerkingen en kritiek hierop zie nrs. 232-235.

§ 4. PROCEDURE

168. Iedere overheid[140] die kennis heeft van de aanwezigheid aan de grens of op het grondgebied van een persoon die lijkt te voldoen aan de toepassingsvoorwaarden van de WnBMV, stelt daarvan onmiddellijk de Dienst Voogdij in kennis, alsmede de overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering, en deelt hen alle informatie mee die zij over de toestand van de betrokkene heeft (art. 6, § 1 WnBMV).

169. In een eerste fase neemt de Dienst Voogdij deze persoon onmiddellijk onder zijn hoede en plaatst hem tijdelijk onder haar bescherming, tot wanneer zijn minderjarigheid is bevestigd, voor zover zij wordt betwist.

170. Ingeval de Dienst Voogdij van oordeel is (eventueel na medisch onderzoek) dat de persoon die onder zijn hoede is gesteld voldoet aan de voorwaarden, wijst hij onmiddellijk een bijzondere voogd aan (tweede fase, art. 8, § 1 WnBMV). In het tegenovergestelde geval vervalt de hoede van de Dienst Voogdij van rechtswege. De Dienst Voogdij stelt daarvan onmiddellijk de betrokkene in kennis, alsook de overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering, en iedere andere betrokken overheid (art. 7, § 2 WnBMV).

§ 5. VOOGDIJSTRUCTUUR

A. De Dienst Voogdij

171. De samenstelling en de werking van de Dienst Voogdij worden bepaald door een na overleg in de Ministerraad aangenomen K.B. (art. 3, § 1, lid 2 WnBMV). Artikel 1 van het ontwerp-K.B. bepaalt dat de Dienst Voogdij deel zal uitmaken van het Centraal Bestuur van de Federale Overheidsdienst Justitie. De Dienst zal worden samengesteld uit een multidisciplinaire ploeg, bestaande uit ambtenaren met een juridische of sociale opleiding.

De wetgever heeft er bewust voor geopteerd om de Dienst Voogdij binnen de Federale Overheidsdienst Justitie op te richten (art. 3, § 1, lid 1 WnBMV). Hoofdbekommernis hierbij was de onafhankelijkheid ervan te

[140] Het gaat zowel om bestuurlijke als politiële als andere overheden. Bv. overheden bevoegd voor asiel en verblijf, de Gemeenschappen bevoegd voor jeugdzorg, de O.C.M.W.'s, de diensten van de federale politie,…

waarborgen[141] ten aanzien van de diverse instanties die optreden inzake immigratie en welke in het bijzonder bevoegd zijn voor asiel, toegang tot, verblijf op en verwijdering van het grondgebied[142].

172. Zoals ieder bestuur ressorteert de Dienst Voogdij onder het gezag van de Minister van Justitie, zodat bestuurlijk toezicht kan worden uitgeoefend en de Minister het optreden van de Dienst Voogdij kan coördineren teneinde inzake voogdij een eenvormig en globaal beleid te waarborgen[143].

173. De Dienst coördineert de materiële organisatie van het werk van de voogden en oefent er (bestuurlijk) toezicht op uit. Hij is belast met de volgende taken (art. 3, § 2 WnBMV):

1° een voogd aanwijzen teneinde de vertegenwoordiging van de niet-begeleide minderjarigen te verzekeren;
2° overgaan tot identificatie van de niet-begeleide minderjarigen[144] en, indien de staat van minderjarigheid wordt aangevochten, de leeftijd laten nagaan door middel van een medisch onderzoek[145], onder de voorwaarden bedoeld in art. 7 WnBMV[146];
3° de contacten coördineren met de overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering, met de overheden bevoegd voor opvang en huisvesting[147], alsmede met de overheden van

---

141 Zie U.N.C.H.R., *Guidelines*, 5.7: "It is suggested that an independent and formally accredited organisation be identified/established in each country, which will appoint a guardian or adviser as soon as the unaccompanied child is identified."

142 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 19. Andere argumenten waren dat Justitie traditioneel bevoegd is voor voogdij, en meer algemeen inzake de vertegenwoordiging van onbekwamen, enerzijds, en de banden tussen de problematiek van de niet-begeleide minderjarigen met de mensenhandel en de strijd tegen prostitutienetwerken, anderzijds (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/28, 54).

143 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 19.

144 Zo controleert de Dienst Voogdij de verklaringen van de minderjarige betreffende zijn naam, nationaliteit en leeftijd inzonderheid door middel van zijn officiële documenten of van de inlichtingen verstrekt door de consulaire of diplomatieke posten van het land van herkomst of doorvoer, voor zover dit verzoek om inlichtingen de minderjarige of zijn familie die zich in het land van doorvoer en/of herkomst bevindt, niet in gevaar brengt (art. 4 ontwerp-K.B.).

145 Tenzij de overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering van vreemdelingen zulks hebben gedaan (art. 4 ontwerp-K.B.).

146 Ook hier werd er uitdrukkelijk voor gekozen deze bevoegdheid tot te vertrouwen aan een orgaan dat losstaat van de immigratiediensten: *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 21.

147 De Raad van State benadrukt dat uit deze bepaling volgt dat de Dienst Voogdij en de voogd zelf niet zorgen voor de huisvesting van de minderjarige in kwestie, maar een beroep doen op de terzake bevoegde overheden, inzonderheid op de Gemeenschappen. De federale overheid begeeft zich dus niet op het bevoegdheidsdomein van de Gemeenschappen (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 35). Wel wordt contact opgenomen met de Gemeenschappen met de bedoeling op zo kort mogelijke termijn een samenwerkingsakkoord te sluiten (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/28, 58).

de landen van herkomst van de minderjarigen, inzonderheid teneinde hun familie op te sporen of andere opvangstructuren te vinden[148];

4° zich ervan vergewissen dat door de bevoegde overheden binnen de kortste termijn een duurzame oplossing in het belang van de minderjarige wordt gezocht;

5° de personen die als voogd kunnen worden aangewezen erkennen, en indien grond daartoe bestaat, deze erkenning intrekken;

6° de lijst van erkende personen bijhouden en voor ieder van hen vermelden over hoeveel minderjarigen zij de voogdij uitoefenen, alsook de identiteit van de minderjarigen, hun leeftijd, hun land van herkomst en in voorkomend geval hun land van doorvoer, alsook hun verblijfplaats in België (art. 18 ontwerp-K.B.);

7° waken dat de als voogd aangewezen personen een opleiding krijgen aangepast aan de problematiek van de niet-begeleide minderjarigen.

174. De Dienst Voogdij treedt ook op in de eerste fase van de bescherming en neemt dan niet-begeleide minderjarigen onder zijn hoede tot een voogd is aangewezen. In dat geval zorgt de Dienst voor (art. 6, § 2 WnBMV):

1° de identificatie van de minderjarige, de controle van diens leeftijd en van het voldoen aan de andere toepassingsvoorwaarden zoals omschreven in de WnBMV;

2° de onmiddellijke aanwijzing van een voogd voor de jongere, indien hij minderjarig is en aan alle andere toepassingsvoorwaarden voldoet;

3° het in contact treden met de overheden bevoegd met het oog op de huisvesting[149] van niet-begeleide minderjarigen tijdens de duur van de twee voorafgaande operaties.

175. De Dienst Voogdij kan in het raam van zijn bevoegdheid te allen tijde de maatregelen nemen die vereist zijn gelet op de spoedeisende aard van de situatie en onverwijld een voogd aanwijzen (art. 7 lid 2 ontwerp-K.B.).

---

148 Vlg. art. 3 lid 2 ontwerp-K.B.

149 Mevr. J. SCHAUVLIEGE diende een subamendement in dat ertoe strekt te voorkomen dat een minderjarige in een gesloten centrum wordt geïnterneerd (amendement 260, subamendement op amendement nr. 180, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/22, 2). Ook de heer J. ARENS betreurt dat geen werk wordt gemaakt van de oprichting van een specifiek opvangcentrum voor niet-begeleide minderjarige vreemdelingen (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/28, 55). De Minister antwoordt daarop dat dit een afwijking is van de vigerende bepalingen inzake toegang tot het grondgebied, wat de doelstelling van de WnBMV te buiten gaat (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/28, 61). In de Senaat werd zelfde opmerking overgenomen door Mevr. NYSSENS, *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1390/5, 28.

176. Teneinde een permanentie te waarborgen, stelt de Dienst Voogdij de voogden, de minderjarigen, de betrokken overheden en alle betrokken personen een noodtelefoonnummer ter beschikking dat vierentwintig uur op vierentwintig bereikbaar is[150].

177. Ten slotte kan de Dienst Voogdij worden beschouwd als een centraliserend orgaan. De Dienst ontvangt een afschrift van alle oproepingen, beslissingen of verzoeken om inlichtingen betreffende de niet-begeleide minderjarige die aan de voogd gericht werden (art. 16, § 1 WnBMV). Met het oog op de toepassing van de wetten betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, wordt de voogd verondersteld woonplaats te hebben gekozen bij de Dienst Voogdij, tenzij hij kennis geeft van een andere woonplaats (art. 16, § 2 WnBMV). De Dienst ontvangt ook afschriften van alle door de voogd in de uitoefening van zijn functie opgestelde verslagen (art. 19, § 1 WnBMV). Al deze maatregelen moeten de Dienst Voogdij toelaten het dagelijkse bestuurlijke toezicht uit te oefenen op de materiële organisatie van het werk van de voogd (art. 18 WnBMV).

B. Procedure en criteria voor de erkenning van de voogden

178. Artikel 3, § 3 WnBMV geeft de Koning[151] de bevoegdheid nader te bepalen welke procedure de Dienst Voogdij inzake de erkenning van de voogden moet volgen, alsmede de minimumvoorwaarden waaraan die voogden voor erkenning moeten voldoen. De parlementaire voorbereiding geeft aan dat de voogden een heel bijzonder profiel zullen moeten hebben. Het moet gaan om mensen die door hun opleiding in de maatschappelijke sfeer en hun kundigheid specialisten zijn[152, 153] inzake het probleem van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen en hun begeleiding[154].

---

150 Art. 4 WnBMV en artikel 7 lid 1 ontwerp-K.B.

151 In zijn advies stelde de Raad van State dat de onafhankelijkheid van de voogden ten opzichte van de uitvoerende macht beter gediend zou worden als de voorwaarden voor de erkenning en de intrekking van de erkenning van de voogden in de WnBMV zelf worden opgenomen, alsook wat de essentiële bestanddelen zijn van de procedure die terzake moet worden gevolgd (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 39). De Minister reageert daarop door erop te wijzen dat de opdracht van de voogd in de WnBMV zelf wordt geregeld, en dat het gebruikelijk is louter organisatorische vraagstukken te regelen bij K.B. (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/28, 57).

152 Als voorbeeld worden aangehaald: maatschappelijk assistent, opvoeder, psycholoog,…

153 U.N.H.C.R., *Guidelines*, 5.7: "The guardian or advisor should have the necessary expertise in the field of childcaring, …".

154 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 20.

179. Personen die zich wensen in te schrijven op de lijst van de personen, erkend om te worden aangewezen als voogd van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, dienen bij de Dienst Voogdij een schriftelijk verzoek in. Om als voogd erkend te kunnen worden, moeten de kandidaten minstens 23 jaar oud zijn. De kandidaten voegen bij dat verzoek een dossier met een getuigschrift van goed zedelijk gedrag en alle nuttige stukken waaruit hun opleiding en competentie inzake de problematiek van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen en van hun begeleiding blijken. Alvorens de kandidaat te erkennen, heeft de Dienst Voogdij een voorafgaand gesprek met hem over zijn motivering en zijn competentie (art. 17 ontwerp-K.B.).

180. De Dienst Voogdij kan nooit als voogd erkennen (art. 22, § 2 ontwerp-K.B.):

1° de personen bedoeld in de art. 397 en 398, 1° en 2° B.W.;
Dit is een verwijzing naar onbekwaamheden in de burgerrechtelijke voogdijregeling. Concreet betreft het:
- personen die niet de vrije beschikking over hun goederen hebben;
- personen ten aanzien van wie de jeugdrechtbank een van de maatregelen heeft bevolen die zijn bedoeld in de art. 29 tot 32 van de jeugdbeschermingswet;
- personen van kennelijk wangedrag;
- personen van wie het beheer getuigt van onbekwaamheid of ontrouw.

2° de personen die op grond van hun ambt een belangenconflict hebben met de minderjarige[155]. Personen van wie onweerlegbaar wordt vermoed dat zij een dergelijk belangenconflict hebben, zijn de personeelsleden van het Directoraat-generaal Vreemdelingenzaken, van het Commissariaat-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen, alsook van de Vaste Beroepscommissie voor Vluchtelingen van de Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken[156].

181. De beslissing een erkenning te weigeren wordt met redenen omkleed en onverwijld schriftelijk ter kennis gebracht van de betrokkene (art. 22, § 2 ontwerp-K.B.).

---

155 Uitvoering van art. 3, § 3, laatste lid WnBMV. De WnBMV spreekt ten onrechte van "kunnen niet worden aangewezen". Wat bedoeld werd is dat deze personen niet erkend kunnen worden als voogd. Inzake de onbekwaamheden op het niveau van de aanwijzing, zie randnr. 191.

156 In de parlementaire voorbereiding werd aangegeven dat ook met bepaalde leden van de Federale Overheidsdienst Justitie mogelijks een belangenconflict bestaat (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 20). Het ontwerp-K.B. geeft daar vooralsnog geen uitvoering aan.

C. Intrekking van de erkenning

182. De Dienst Voogdij kan de erkenning van de voogd intrekken indien hij aan de voorwaarden voor de erkenning van voogden, omschreven het uitvoeringsbesluit, niet meer voldoet, of indien hij de verplichtingen bepaald in de WnBMV, niet in acht neemt (art. 23 ontwerp-K.B.).

183. Ingeval de erkenning wordt ingetrokken, wijst de Dienst Voogdij voor de betrokken niet-begeleide minderjarige vreemdelingen onverwijld een nieuwe voogd aan. De Dienst Voogdij kan in dat geval ambtshalve een voogd, belast met de voogdij over de betrokken niet-begeleide minderjarigen, aanwijzen. De ambtshalve aangewezen voogd kan de opdracht enkel weigeren indien de Dienst Voogdij de door de voogd meegedeelde redenen van verschoning of van verhindering uitdrukkelijk aanvaardt (art. 24 ontwerp-K.B.).

184. De beslissing tot intrekking van de erkenning wordt met redenen omkleed en onverwijld schriftelijk ter kennis gebracht van de voogd en van de betrokken minderjarige(n) (art. 25 ontwerp-K.B.).

D. Juridische aard van de arbeidsverhouding tussen de voogd en de Dienst Voogdij

185. De juridische aard van de arbeidsverbintenis tussen de voogd en de Dienst Voogdij wordt bepaald door de Koning, aldus art. 3, § 3 WnBMV. Het ontwerp-K.B. bepaalt daarover dat de voogd zijn opdracht uitoefent tegen betaling van een vergoeding (art 8, § 1 ontwerp-K.B.) [157].

De Dienst Voogdij kan met de voogd ofwel een arbeidsovereenkomst afsluiten[158], ofwel kiest de Dienst ervoor de arbeidsverhouding met voogd te beperken tot de betaling van erelonen, ingeval de voogd een vrij beroep uitoefent, of van de emolumenten, ingeval de voogd een ander of geen beroep uitoefent[159] (art. 8, § 2 en § 3 ontwerp-K.B.).

---

[157] Vergelijk met de burgerrechtelijke voogdij die in principe onbezoldigd is (P. SENAEVE, *Compendium*, II, nr. 1241).

[158] In welk geval Dienst Voogdij de voogd in dienst kan nemen met een arbeidsovereenkomst, vergoed volgens de weddenschaal 2+.

[159] De erelonen en de emolumenten van de voogd bestaan in forfaitaire vergoedingen. De forfaitaire vergoeding bedraagt 375 EUR per voogdij en per jaar. Dit bedrag wordt aangepast ingeval de stijgingen of dalingen van het indexcijfer van de consumptieprijzen op 1 januari van het volgende jaar een verhoging of een verlaging van de bedragen gelijk aan of hoger dan 5% veroorzaken. De basisindex is het indexcijfer van de consumptieprijzen van januari 2003 (art. 8, § 3, lid 2 WnBMV). Bovendien heeft de voogd die niet in dienst wordt genomen met een arbeidsovereenkomst recht op afzonderlijke en forfaitaire vergoedingen voor de

E. Opleiding van de voogden

186. De voogden moeten ten minste één keer per jaar het bewijs leveren dat zij ter zake een multidisciplinaire en permanente opleiding volgen, georganiseerd door de Dienst Voogdij of door derden voor zover deze opleiding door de Dienst Voogdij wordt erkend (art. 20 ontwerp-K.B.)[160].

De opleiding van de voogden heeft in elk geval betrekking op de volgende materies (art. 21 ontwerp-K.B.):
1° aspecten van het vreemdelingenrecht;
2° aspecten van het burgerlijk recht in verband met het beheer van goederen;
3° pedagogische en psychologische aspecten, daaronder begrepen de opleiding inzake het luisteren naar minderjarigen;
4° opleiding inzake multiculturele opvang.

187. De Dienst Voogdij organiseert voor de voogden op regelmatige tijdstippen opleidingen betreffende de problematiek van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen of betreffende alle aangelegenheden die daarmee verband houden (art. 3, § 2, 7° WnBMV). De Dienst Voogdij waakt erover dat deze opleidingen alle aspecten van de problematiek betreffen, daaronder begrepen de psychologische, sociale en juridische aspecten (art. 19 ontwerp-K.B.).

F. Aanwijzing en vrijwillig ontslag van de voogd

1. Aanwijzing van de voogd

188. Als voogd in het raam van de WnBMV kunnen enkel degenen worden aangewezen die opgenomen zijn op de lijst van daartoe erkende personen (art. 8, § 3 WnBMV), die wordt opgesteld door de Dienst Voogdij (art. 3, § 2, 6° WnBMV)[161].

189. De Dienst moet er over waken dat de voogdijen evenwichtig over de voogden worden verdeeld. Het aantal voogdijen is daarom beperkt tot maximaal vijfentwintig per voogd (art. 26 lid 1 ontwerp-K.B.). Voor zover

---

in het K.B. opgesomde administratieve kosten (art. 9 ontwerp-K.B.).

160 Uitvoering van art. 3, § 3 WnBMV.

161 In het parlement werden meerdere vragen gesteld over wie voogd zou worden. De Minister beklemtoonde dat de regeling heel soepel zal zijn: ook advocaten of psychologen zullen voogd kunnen worden. Er is alleen voorzien in een *negatieve* voorwaarde, met name om te voorkomen dat de voogd niet onafhankelijkheid is (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/28, 58.

zulks mogelijk is, wijst De Dienst Voogdij een voogd aan die in de omgeving woont van de verblijfplaats van de betrokken niet-begeleide minderjarige (art 26 lid 2 ontwerp-K.B.).

190. In voorkomend geval kan de Dienst Voogdij ambtshalve een voogd aanwijzen voor het voeren van de voogdij over een niet-begeleide minderjarige vreemdeling. De ambtshalve aangewezen voogd kan zijn taak enkel weigeren indien de Dienst Voogdij de door de voogd meegedeelde redenen van verschoning of van verhindering uitdrukkelijk aanvaardt (art. 27 ontwerp-K.B.)[162].

191. De WnBMV[163] en het ontwerp-K.B. voorzien beide waarborgen voor de bescherming van de pupil in de relatie voogd-pupil. Naast de hierboven beschreven bijzondere onbekwaamheden, met betrekking tot de personen die in aanmerking komen voor een erkenning als voogd (*cf. supra*, nr. 180), worden hier bijkomende onbekwaamheden voorzien voor personen die weliswaar door de Dienst Voogdij erkend werden als voogd, maar van wie het niet opportuun zou zijn ze *in concreto* als voogd aan te wijzen.

In die zin kan de Dienst Voogdij niet als voogd aanwijzen (art. 28 ontwerp-K.B.):

1° een erkend persoon die of wiens echtgenoot, de persoon met wie hij wettelijk samenwoont, de persoon met wie hij feitelijk samenwoont of een bloedverwant in de neerdalende of in de opgaande lijn, een rechtsgeding voert tegen de betrokken minderjarige waarbij zijn staat, zijn vermogen of een aanzienlijk deel van zijn goederen in het gedrang worden gebracht[164];

2° een erkend persoon die een opvangfunctie uitoefent ten aanzien van de betrokken niet-begeleide minderjarige in het raam van een opvanginstelling of van een lokaal opvanginitiatief georganiseerd door een Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn[165];

3° een erkend persoon die lid is van de raad voor maatschappelijk welzijn van het Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn bedoeld in 2°;

4° een erkend persoon die lid is van de gemeenteraad van de gemeente waarvan het in 2° bedoelde Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn afhangt.

---

162 Vgl. het principieel vrijwillige karakter van de gemene voogdij, art. 396 B.W. Zie P. SENAEVE, *Compendium*, II, nr. 1239.

163 Artikel 3, § 3 WnBMV.

164 Vgl. artikel 398, 3° B.W. voor de burgerrechtelijke voogdij.

165 *Cf. Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 20.

2. Vrijwillig ontslag van de voogd (art. 29 ontwerp-K.B.)

192. In geval van vrijwillig ontslag brengt de ontslagnemende voogd zijn beslissing schriftelijk ter kennis van de Dienst Voogdij en van de betrokken minderjarige(n). Het ontslag gaat in werking met inachtneming van een opzeggingstermijn van twee maanden die kan worden verminderd om ernstige redenen; de beoordeling ervan wordt overgelaten aan de Dienst Voogdij[166].

193. De Dienst Voogdij wijst onverwijld een nieuwe voogd aan voor de betrokken niet-begeleide minderjarigen, zodanig dat de niet-begeleide minderjarige onder diens hoede wordt genomen op de dag waarop het ontslag ingaat. In voorkomend geval wijst de Dienst Voogdij ambtshalve een voogd aan voor het voeren van de voogdij over de betrokken niet-begeleide minderjarige. De ambtshalve aangewezen voogd kan de opdracht enkel weigeren indien de Dienst Voogdij de door de voogd meegedeelde redenen van verschoning of van verhindering uitdrukkelijk aanvaardt.

§ 6. BESTANDDELEN VAN HET VOOGDIJGEZAG

194. De strekking van de specifieke voogdij die bij de WnBMV wordt geregeld, verschilt niet grondig van die van het gemene recht, ook al bezit de voogd in het raam van de bijzondere voogdij minder bevoegdheden. Zo zijn de taken en bevoegdheden van de bijzondere voogd niet helemaal gelijklopend met die van de burgerrechtelijke voogd:

1° hij draagt zorg voor de niet-begeleide minderjarigen gedurende zijn verblijf in België (art. 10 WnBMV).
2° hij heeft recht op regelmatig contact met de minderjarige en bouwt met hem een vertrouwensrelatie op (art. 11, § 2 WnBMV).
3° hij heeft een vertegenwoordigingsopdracht: hij vertegenwoordigt de minderjarige bij alle rechtshandelingen en bij alle procedures die hem aanbelangen (art. 9 WnBMV).
4° hij beheert de goederen van de minderjarige zonder dat hij er het genot van heeft (art. 12, § 1 WnBMV)[167].

---

166 Vgl. de gemene voogdij, art. 396 lid 2 B.W. waar wordt bepaald dat de voogd enkel wegens wettige redenen kan worden ontlast van zijn opdracht. Zie P. SENAEVE, *Compendium*, II, nr. 1239.

167 *Cf.* de burgerrechtelijke voogdij waar de voogd geen vruchtgenoot heeft: P. SENAEVE, *Compendium*, II, nr. 1270.

195. Net zoals een gewone voogd staat de bijzondere voogd niet met eigen penningen in voor het onderhoud van zijn pupil[168]. Voor de voogd geldt enkel een beroepsaansprakelijkheid[169], die in voorkomend geval wordt gedeeld met de opvoeders van de minderjarige. Hij is voor zijn pupil niet burgerrechtelijk aansprakelijk: art. 14 WnBMV bepaalt uitdrukkelijk dat art. 1384 B.W. niet van toepassing is op de bijzondere voogd[170].

§ 7. UITOEFENING VAN HET VOOGDIJGEZAG

A. Inrichting van de voogdij bij de aanwijzing van een voogd

1. Aanwijzing van de voogd

196. De beslissing luidens welke een voogd is aangewezen wordt onmiddellijk aan laatstgenoemde ter kennis gebracht, alsook aan de overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering en aan iedere andere betrokken overheid. Ook de minderjarige wordt onverwijld meegedeeld wie zijn voogd is en er wordt hem informatie verschaft over het voogdijregime (art. 8, § 2 WnBMV). De beslissing wordt per brief of per gewone fax ter kennis gebracht van de voogd en van de betrokken minderjarige (art. 26 lid 3 ontwerp-K.B.).

197. In tegenstelling tot de burgerrechtelijke voogdij wordt voor deze administratieve voogdij geen toeziende voogd voorzien.

2. Taak van de voogd bij aanvang van de voogdij

198. Uiterlijk 15 dagen na zijn aanwijzing maakt de voogd een verslag op betreffende de persoonlijke situatie van de minderjarige en over zijn

---

168 Zie P. SENAEVE, *Compendium*, II, nr. 1283.

169 De parlementaire voorbereiding bepaalt dat het Ministerie van Justitie een speciale verzekering zal afsluiten om de beroepsaansprakelijkheid van de voogden te dekken (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 30). In uitvoering daarvan bepaalt het ontwerp-K.B. dat de Dienst Voogdij een verzekering afsluit om de burgerlijke aansprakelijkheid van de voogden te dekken (art. 10).

170 Senator VANDENBERGHE wierp terecht op dat dit een totaal overbodige bepaling is, aangezien het vaste rechtspraak is dat de voogd onder geen van de categorieën vermeld in artikel 1384 B.W. valt (*Parl. St.* Senaat, nr. 2-1390/5, 31-32). Zie P. SENAEVE, *Compendium*, II, nrs. 1199 en 1225, en voor kritiek op deze regel: F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, nr. 497, en P. SENAEVE, "Werking van de voogdij inzake de persoon – Wijzigingen in Boek I B.W. inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding" in P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2002, nr. 178, p. 69.

eventuele goederen. Hij bezorgt dit verslag aan de Dienst Voogdij en aan de vrederechter (art. 13, § 2 WnBMV).

B. Uitoefening van het voogdijgezag tijdens de voogdij

1. Taak van de voogd

a. Zorg over de persoon

199. De voogd zorgt ervoor dat de minderjarige onderwijs kan volgen en passende psychologische bijstand en medische verzorging krijgt. Hij waakt erover dat de politieke, filosofische en godsdienstige overtuiging van het kind in acht worden genomen.

Ingeval toegang tot het grondgebied wordt verleend en niet is beslist tot opvang in een specifiek centrum voor niet-begeleide minderjarigen, waakt de voogd erover dat de overheden bevoegd voor opvang de maatregelen nemen die vereist zijn om de minderjarige een passende huisvesting te bieden, in voorkomend geval bij een familielid, in een gastgezin of bij een volwassene die bereid is voor de minderjarige te zorgen (art. 10, § 1 WnBMV)[171].

De voogd treft alle passende maatregelen om de familieleden van de minderjarige op te sporen. Hij doet alle voorstellen die hij nodig acht om een duurzame oplossing te vinden overeenkomstig het belang van de minderjarige[172]. Zijn optreden geschiedt in overleg met de minderjarige, met de persoon of de instelling die hem huisvest, met de overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering, en met iedere andere betrokken overheid[173].

---

171 De Dienst Voogdij en de voogd zelf zijn *a contrario* geenszins zelf bevoegd om beslissingen te nemen over de plaats van de huisvesting van de minderjarige. Het is integendeel aan de autoriteiten bevoegd inzake opvang (Ministerie voor Sociale Integratie, de Gemeenschappen,…) om hun bevoegdheid terzake uit te oefenen. De voogd kan deze autoriteiten wel voorstellen doen i.v.m. de plaats die hij het best geschikt acht als verblijfplaats van de minderjarige. Zie *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 28.

172 Onder duurzame oplossing moet worden verstaan: de gezinshereniging, de regularisatie van het verblijf voor onbeperkte duur of de terugkeer naar het land van herkomst of een derde land indien daar een adequate opvang mogelijk is. (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 29).

173 Inzake het zoeken naar een duurzame oplossing moeten onderscheiden worden de volgende taken:
- de bevoegde overheden (bv. Dienst Vreemdelingenzaken wat betreft het verblijf) werken voor de minderjarige een duurzame oplossing uit;
- de Dienst Voogdij ziet erop toe dat zo spoedig mogelijk een duurzame oplossing wordt uitgewerkt die overeenstemt met het belang van het kind;
- de voogd kan ieder nuttig voorstel doen om tot een duurzame oplossing te komen.

De bijzondere voogd kan niet toestemmen in het huwelijk, de adoptie of de ontvoogding van de minderjarige (art 10, § 2 WnBMV)[174].

b. Contactrecht – Vertrouwensrelatie

200. De voogd moet met de minderjarige een vertrouwensrelatie kunnen opbouwen. Contact op zo regelmatig mogelijke tijdstippen is wenselijk om het standpunt van de pupil te kennen over de diverse problemen die op hem betrekking hebben en over de beslissingen die genomen moeten worden. De voogd geeft aan de minderjarige toelichting bij de beslissingen genomen door de overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering, alsook bij de beslissingen genomen door de andere overheden.

201. De voogd moet in het raam van de uitoefening van zijn opdracht het beroepsgeheim naleven (art. 14 ontwerp-K.B.).

c. Vertegenwoordigingsopdracht

202. De voogd is de wettelijke vertegenwoordiger van de niet-begeleide minderjarige. Hij vertegenwoordigt hem bij alle rechtshandelingen en bij alle procedures die hem aanbelangen (art. 9, § 1, eerste lid)[175]. De voogd heeft een algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid[176].

Belangrijk is dat de wet uitdrukkelijk bepaalt dat de niet-begeleide minderjarige een asielaanvraag indient zonder door zijn voogd te worden vertegenwoordigd (art. 9, § 1, laatste lid WnBMV). De wetgever wou immers de handelingsbekwaamheid van de niet-begeleide minderjarige inzake het

---

174 De wetgever motiveert dit door te stellen dat ernaar gestreefd werd beslissingen uit te sluiten die te definitief van aard zijn: *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 28. Vgl. met art. 348, § 1, lid 3 B.W. (adoptie), 475*bis* B.W. (pleegvoogdij) en 478 B.W. (gerechtelijke ontvoogding) voor de burgerrechtelijke voogdij, waarvoor de voogd wel bevoegd is.

175 Het betreft alle rechtshandelingen, van de procedures bedoeld in de wetten betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, alsmede van alle andere bestuurlijke of gerechtelijke procedures. De WnBMV kent de voogd uitdrukkelijk de bevoegdheid toe (art 9 lid 2 WnBMV):
1° een asielaanvraag in te dienen of een machtiging tot verblijf aan te vragen;
2° in het belang van de minderjarige te waken over de naleving van de wetten betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen;
3° de rechtsmiddelen aan te wenden.

176 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 26.

indienen van een asielaanvraag, die zoals gezegd in de rechtspraak algemeen werd aanvaard, niet terugschroeven[177].

203. De voogd begeleidt de minderjarige in elke fase van de procedures en woont al diens verhoren bij[178]. In geval van overmacht kan de voogd vragen dat het verhoor wordt verdaagd[179] (art. 9, § 2 WnBMV).

204. Ingeval grond daartoe bestaat, wordt de minderjarige bijgestaan door een tolk. De kosten voor de tolk zijn ten laste van de overheid die om het verhoor heeft verzocht (art. 9, § 2 WnBMV)[180].

205. De voogd vraagt ambtshalve en onverwijld bijstand van een advocaat (art. 9, § 3 WnBMV)[181]. Indien de voogd het beroep van advocaat uitoefent, mag hij in het raam van de uitoefening van zijn opdracht niet optreden als raadsman van de minderjarige[182]. De voogd stelt de Dienst Voogdij in kennis van de naam van de advocaat die de minderjarige vertegenwoordigt (art. 15 ontwerp-K.B.).

206. Aan de voogd wordt kennis gegeven van alle oproepingen, beslissingen of verzoeken om inlichtingen betreffende de niet-begeleide minderja-

---

177 Bovendien stelt het Verdrag van Genève van 28 juli 1951 betreffende de status van vluchtelingen duidelijk dat elkeen, ongeacht de leeftijd, uit gegronde vrees voor vervolging, aanspraak kan maken op de hoedanigheid van vreemdeling en een tijdelijke bescherming kan genieten zolang zijn aanvraag niet is onderzocht.

178 Een amendement strekte ertoe te bepalen dat dit enkel mogelijk zou zijn voor de gevallen waar een Belgische minderjarige of een onderdaan van de E.E.R. zich in het raam van dezelfde procedure zou kunnen laten bijstaan, en dit omwille van het in der artikelen 10 en 11 G.W. vervatte gelijkheidsbeginsel (amendement 264, subamendement op amendement nr. 180, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/22, 3, ingediend door Mevr. J. SCHAUVLIEGE). Dit was een reactie op soortgelijke opmerking van de Raad van State (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 43). De Minister antwoordde daarop dat het voor de hand ligt dat van zodra een voogd is aangesteld, hij zijn functies uitoefent zoals een voogd naar gemeen recht (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/63).

179 De parlementaire voorbereiding neemt hier een pragmatisch standpunt in. Doordat de voogden meerdere voogdijen belast kunnen worden, kan het voorkomen dat de voogd in de onmogelijkheid verkeert de verschijningen bij te wonen die op dezelfde dag plaatshebben. *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 27.

180 Art. 6 ontwerp-K.B.

181 In voorkomend geval kan de voogd gebruik maken van de juridische bijstand van het Bureau voor juridische bijstand overeenkomstig de artikelen 508/1 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek.

182 Zo zal de advocaat-voogd wel de asielprocedure kunnen opstarten (dat is nl. één van de taken van de voogd), maar zal hij de minderjarige niet kunnen bijstaan als raadsman in deze procedure.

rige. De beroepstermijnen gaan in op het tijdstip van de kennisgeving aan de voogd[183] (art. 16 WnBMV).

d. Beheer van de goederen

207. In de praktijk kan ervan uitgegaan worden dat de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen niet over eigen goederen beschikken of dat die goederen weinig belangrijk zijn. Aangezien het evenwel niet uitgesloten is dat de minderjarige op een bepaald ogenblik toch een bepaald vermogen zal hebben, werd toch een regeling opgenomen.

208. In eerste instantie is voorzien dat de voogd de eventuele inkomsten van de niet-begeleide minderjarige aanwendt teneinde (art. 11 ontwerp-K.B.):
- in diens onderhoud te voorzien en hem te verzorgen;
- de kosten te dekken die volgen uit de procedures bedoeld in de wetten betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, alsook uit de andere administratieve of gerechtelijke procedures die betrekking hebben op de niet-begeleide minderjarige.

209. De voogd moet er zorg voor dragen dat zijn pupil de hulp vanwege de overheid waarop hij recht heeft, ontvangt (art. 12, § 2 WnBMV) [184].

210. Voor de handelingen bedoeld in art. 410 B.W. is de machtiging[185] van de vrederechter vereist, zoals voor een burgerrechtelijke voogdij (art. 12, § 1 WnBMV).

211. Op grond van het verslag dat de vrederechter wordt bezorgd binnen de 15 dagen na de aanwijzing van de voogd kan de vrederechter, indien hij zulks nodig acht, beslissen dat de gelden, de effecten en de waardepapieren van de minderjarige worden gedeponeerd op een rekening geopend op naam van de minderjarige bij een door de Commissie voor het Bank- en Financiewezen erkende instelling (art. 13, § 2 WnBMV).

---

183 Tegelijk met kennisgeving aan de voogd wordt een afschrift bezorgd aan de verblijfplaats van de minderjarige en aan de Dienst Voogdij.

184 Indien de niet-begeleide minderjarige vreemdeling niet over toereikende inkomsten beschikt, verzoekt de voogd om de toepassing van de sociale wetgeving in het belang van de niet-begeleide minderjarige vreemdeling (art. 11, § 2 ontwerp-K.B.).

185 De WnBMV gebruikt ten onrechte de term "toestemming" van de vrederechter. Art. 410 B.W. zelf spreekt over een "bijzondere machtiging".

e. Opstellen van een voogdijverslag en een voogdijrekening

212. Ten minste tweemaal per jaar stelt de voogd een verslag op over de vermogenstoestand van de minderjarige en over de evolutie van zijn persoonlijke toestand, inzonderheid wat zijn verblijfstoestand en de opsporing van zijn familie of van opvangstructuren in zijn land van herkomst alsook zijn opvoeding betreft. In het verslag wordt tevens melding gemaakt van de plichten die hij heeft vervuld alsook van de eventuele problemen van de minderjarige[186]. Hij laat dit verslag toekomen aan de vrederechter. Een afschrift van het verslag wordt aan de Dienst Voogdij bezorgd (art 19, § 1 WnBMV).

213. De vorm en inhoud van de rekeningen inzake het beheer die de voogd moet neerleggen, zijn in overeenstemming met de door de Koning bepaalde regels krachtens art. 413 van het Burgerlijk Wetboek (art. 12 ontwerp-K.B.).

2. Taak van de vrederechter

214. De voogd vervult zijn opdracht uit onder toezicht van de vrederechter van de verblijfplaats van de minderjarige (art. 17 WnBMV). Opdat de vrederechter zijn controlefunctie effectief zou kunnen uitvoeren, doet de voogd ten minste twee maal per jaar aan de vrederechter een verslag toekomen over de evolutie van de persoonlijke toestand van de minderjarige en over diens vermogenstoestand.

215. Noch in de WnBMV, noch in het ontwerp-K.B. wordt uitdrukkelijk geregeld hoe de vrederechter op de hoogte gebracht wordt van het bestaan van de voogdij[187]. Wel is voorzien dat de voogd uiterlijk 15 dagen na zijn aanwijzing een verslag opmaakt betreffende de persoonlijke situatie van de minderjarige en over zijn eventuele goederen dat hij aan de vrederechter bezorgt (art. 13, § 2 WnBMV). Ten laatste op dat ogenblik zal de vrederechter dus kennis nemen van het bestaan de bijzondere voogdij.

216. De vrederechter kan op verzoek van de minderjarige, van de voogd, van iedere andere belanghebbende of zelfs ambtshalve oordelen over twistpunten tussen de voogd en de minderjarige betreffende zijn persoon

---

186 Het is ook raadzaam dat in het verslag aandacht wordt geschonken aan de voorwaarden inzake integratie van de minderjarige in het land en aan de initiatieven door de voogd genomen om eventuele problemen op te lossen.

187 Vgl. P. SENAEVE, *Compendium*, II, nr. 1271 voor de kennisgeving die in geval van gemeenrechtelijke voogdij dient te geschieden.

of zijn goederen. Op verzoek van dezelfde personen of ambtshalve kan de vrederechter de opdracht van de voogd beëindigen ingeval deze in gebreke blijft om zijn opdracht met de nodige zorg te vervullen of in geval van ernstige meningsverschillen met de minderjarige (art. 20 WnBMV – *cf. verder,* nrs. 224 e.v.).

217. De vrederechter kan te allen tijde de procureur des Konings verzoeken een maatschappelijk onderzoek te laten verrichten naar de levensomstandigheden van de minderjarige (art. 22 WnBMV)[188].

218. De territoriaal bevoegde vrederechter is de vrederechter van de verblijfplaats van de minderjarige (art. 17 WnBMV). Ingeval de verblijfplaats van de minderjarige naar een ander gerechtelijk kanton wordt overgebracht, zendt de vrederechter het dossier naar de vrederechter van het kanton waartoe de nieuwe verblijfplaats behoort. Laatstgenoemde rechter wordt dan bevoegd (art. 19, § 3 WnBMV)[189].

3. Toezicht door de Dienst Voogdij

219. Ook de Dienst Voogdij oefent controle uit op de uitoefening van de taak van de voogd (art. 17 WnBMV). De Dienst Voogdij oefent dagelijks bestuurlijk toezicht uit op de materiële organisatie van het werk van de voogd (art. 18 WnBMV)[190]. In dat kader oefent de Dienst bepaalde opdrachten uit die haar door de WnBMV zijn toegekend, bijvoorbeeld nagaan of de voogd nog steeds voldoet aan de voorwaarden inzake erkenning, waken over de uniformiteit van de praktijk, controle uitoefenen op de wijze waarop de voogd zijn taak vervult en in voorkomend geval aangifte doen van gebreken bij de vrederechter[191].

220. Om haar controletaak ten volle te kunnen uitoefenen ontvangt de Dienst Voogdij een afschrift van de verslagen over de evolutie van de persoonlijke toestand van de minderjarige en over diens vermogenstoestand

---

188 Vgl. art. 412 lid 1 B.W.

189 Analogie met art. 390 lid 3 B.W. Deze regeling is wel belangrijk in het raam van de voogdijregeling voor niet-begeleide minderjarige vreemdelingen omdat hun huisvesting zeer veranderlijk kan zijn.

190 Na opmerkingen door de Raad van State herformuleerden de indieners deze bepaling in huidige lezing. De onafhankelijkheid van de voogden van de Dienst Voogdij stond daarbij voorop. Het toezicht van de Dienst Voogdij laat de Dienst niet toe om de beslissingen die de voogden moeten nemen inzake de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen te coördineren en te superviseren (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 21).

191 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 31, opmerking daarover door de Raad van State, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 39.

die de voogd ten minste twee maal per jaar aan de vrederechter moet laten toekomen. (art. 19, § 1 WnBMV).

221. Het bestuurlijke toezicht belet niet dat de voogd zijn opdracht in onafhankelijk moet kunnen uitoefenen (art. 13 lid 1 ontwerp-K.B.). De Dienst Voogdij moet de onafhankelijkheid van de voogden in acht nemen met betrekking tot de individuele beslissingen die zij moeten nemen ten aanzien van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen voor wie zij zorgen (art. 16 ontwerp-K.B.). De voogd mag evenmin noch van het Directoraat-generaal Vreemdelingenzaken, noch van het Commissariaat-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen, noch van de Vaste Beroepscommissie voor Vluchtelingen van de Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken richtlijnen krijgen betreffende de voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen (art. 13 lid 2 ontwerp-K.B.). Wel kan de Minister van Justitie de voogden algemene richtlijnen bezorgen die ertoe strekken de materiële organisatie van het werk van de voogden te coördineren (art. 3 lid 3 ontwerp-K.B.).

222. Toch kan worden gesteld dat het onduidelijk is wat het bestuurlijke toezicht van de Dienst Voogdij concreet zal inhouden, enerzijds, en wat de verhouding zal zijn tussen dit bestuurlijke toezicht en het rechterlijk toezicht van de vrederechter, anderzijds.

4. Betwistingen tussen de minderjarige en zijn voogd

223. De vrederechter kan op verzoek van de minderjarige, van de voogd, van iedere andere belanghebbende of zelfs ambtshalve oordelen over twistpunten tussen de voogd en de minderjarige betreffende zijn persoon of zijn goederen (art. 20 lid 1 WnBMV).

224. Op verzoek van dezelfde personen of ambtshalve kan de vrederechter de opdracht van de voogd beëindigen ingeval deze in gebreke blijft om zijn opdracht met de nodige zorg te vervullen of in geval van ernstige meningsverschillen met de minderjarige (art. 20 lid 1 WnBMV). De vrederechter moet op grond van de elementen van het dossier vaststellen of de meningsverschillen van die aard zijn dat zij een vertrouwensrelatie tussen de voogd en de minderjarige in de weg staan[192].

[192] *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 32.

225. Zodra de vrederechter het verzoekschrift[193, 194] heeft ontvangen, vraagt hij de stafhouder van de Orde van advocaten of het Bureau voor juridische bijstand om ambtshalve en onverwijld een advocaat aan te wijzen voor de minderjarige (art 20 lid 2 WnBMV).

226. De griffier brengt de minderjarige, de Dienst Voogdij en de betrokken overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering, en zo nodig, alle andere betrokken overheden, hiervan binnen 24 uur per gerechtsbrief op de hoogte (art. 21 WnBMV).

227. De Dienst Voogdij wijst een voogd *ad hoc* aan die het ambt van voogd uitoefent tot de uitspraak van de beschikking van de vrederechter (art. 21 lid 2 WnBMV).

228. De vrederechter doet uitspraak na de minderjarige, zijn advocaat, de voogd en iedere andere persoon wiens verhoor hij nuttig acht, te hebben gehoord (art. 20 lid 3 WnBMV).

229. In geval van beschikking tot beëindiging van de taak van de voogd, geeft de griffier per gerechtsbrief en binnen de 24 uur daarvan kennis aan de Dienst Voogdij, die onmiddellijk een nieuwe voogd aanwijst (art. 20 lid 4 WnBMV). Ingeval de beschikking de taak van de voogd niet beëindigt, alsook ingeval de vordering de beëindiging van de taak van de voogd niet als voorwerp had, geeft de griffier bij gerechtsbrief kennis van de beschikking aan de voornoemde overheden (art. 21 lid 3 WnBMV).

§ 8. BEËINDIGING VAN DE VOOGDIJ

A. Gevallen van beëindiging

230. De voogdijgezag wordt *a parte pupilli* van rechtswege beëindigd:
1° ingeval de minderjarige wordt toevertrouwd aan de persoon die op grond van de nationale wet van de minderjarige het ouderlijk gezag of de voogdij uitoefent (art. 24, § 1, 1° WnBMV);
2° ingeval de minderjarige achttien wordt (art. 24, § 1, 2° WnBMV);
3° in geval van overlijden, ontvoogding, adoptie of huwelijk (art. 24, § 1, WnBMV);

---

193 De vrederechter kan geadieerd worden door middel van een verzoekschrift (daartoe wordt artikel 594, 7° Ger.W. heringevoegd).

194 Vgl. art. 405 B.W. waar in een veel soepeler systeem van aanhangig maken van betwistingen is voorzien, namelijk op eenvoudig mondeling of schriftelijk verzoek.

4° in geval van verwerving van de Belgische nationaliteit of van de nationaliteit van een andere lidstaat van de Europese Economische Ruimte (art. 24, § 1, 3° WnBMV);
5° op het tijdstip van de verwijdering van de minderjarige van het Belgische grondgebied, dit is als de verwijderingsmaatregel is uitgevoerd en de minderjarige effectief het grondgebied verlaat[195] (art. 24, § 1, 4° WnBMV). De voogd blijft wel bevoegd voor vertegenwoordiging van de minderjarige ingeval er procedures die hem aanbelangen hangende blijven[196] (art. 24, § 2 WnBMV);
6° ingeval een verblijfsvergunning voor onbepaalde duur wordt afgeleverd (art. 23 WnBMV)[197]. De voogd doet wel nog het nodige opdat de voogdij zoals geregeld in art. 389 en volgende B.W. openvalt.

In deze gevallen stelt de Dienst Voogdij het einde van de voogdij vast en brengt de voogd, de gewezen pupil, de vrederechter, en indien grond daartoe bestaat, de overheden met welke de voogd contact had in verband met de betrokken minderjarige hiervan per brief op de hoogte (art. 24, § 3 WnBMV).

231. Hoewel de WnBMV dit niet uitdrukkelijk bepaalt, moet waarschijnlijk naar analogie van de burgerrechtelijke voogdij[198] aangenomen worden dat de voogdijopdracht van een bepaalde voogd (*a parte tutoris*) een einde neemt:
1° in geval van overlijden van de voogd;
2° ingeval de voogd vrijwillig ontslag neemt;
3° ingeval de voogd door de vrederechter ontzet wordt;
4° ingeval de erkenning van de voogd door de Dienst Voogdij ingetrokken wordt.

232. De vraag die zich hier opdringt is of het zinvol is de voogdij over de niet-begeleide minderjarigen te koppelen aan diens verblijfsrechtelijke

---

195 *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 32-33.

196 De voogd blijft dus bevoegd om alle wettelijke beroepen in te stellen die in het belang van het kind zijn, als door de immigratieoverheden enkel beslist werd tot een verwijderingsmaatregel, maar deze nog niet uitgevoerd is. Dit is blijft ook zo, als de minderjarige het grondgebied reeds heeft verlaten. De parlementaire voorbereiding stelt dat het aantal gevallen waar nog een procedure hangende is, en het grondgebied toch al verlaten werd schaars lijkt te zijn: *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 33.

197 Onder "verblijfsvergunning van onbepaalde duur" moet worden verstaan: de afgifte van een bewijs van inschrijving in het vreemdelingenregister van onbepaalde duur bekomen na bijvoorbeeld de erkenning van het statuut van vluchteling, een regularisatie van het verblijf, een machtiging tot verblijf verleend op grond van gezinshereniging.

198 Voor de burgerrechtelijke voogdij zie P. SENAEVE, *Compendium*, II, nr. 1299.

positie[199]. De hoofdbekommernis van de wetgever was blijkbaar niet zozeer de bescherming van de minderjarige, en het bieden van een remedie voor de principiële handelingsonbekwaamheid van deze, maar het uitwerken van een mogelijkheid om tot een verblijfsrechtelijke regeling te komen.

233. In huidige terminologie van de wet bestaat immers een probleem betreffende het toepassingsgebied van de burgerrechtelijke voogdijregeling. Waar niet-begeleide minderjarigen op basis van de WnBMV vertegenwoordigd zal worden door een voogd, en dus rechtsgeldig aan het rechtsverkeer zal kunnen deelnemen, is het mogelijk dat ten aanzien van diezelfde minderjarige, van zodra hij een verblijfsvergunning van onbepaalde duur ontvangt, de voogdijbescherming van rechtswege eindigt. Het verkrijgen van een verblijfsrecht beëindigt de handelingsonbekwaamheid van de minderjarige niet, maar ontneemt hem wel zijn wettelijk vertegenwoordiger. Dit is met name het geval als geen bewijs geleverd kan worden van het overlijden van beide ouders van de minderjarige. Wel zou in deze situatie kunnen worden aanvaard dat de ouder(s) van de minderjarige in de voortdurende onmogelijkheid zijn om het ouderlijk gezag uit te oefenen, en kan de voogdij vooralsnog openvallen (art. 389 B.W.)[200].

234. In een door senator VANDENBERGHE[201] ingediend (maar verworpen) amendement werd voorgesteld om de huidige regeling te vervangen als volgt:
"*wanneer aan de niet-begeleide minderjarigen een verblijfsvergunning voor onbepaalde duur is afgeleverd, doet de voogd bedoeld in deze wet het nodige om de aanstelling van een voogd te verkrijgen zoals bedoeld in hoofdstuk II van boek I, titel X, van het Burgerlijk Wetboek. Tot aan de beslissing van de rechtbank die deze laatste voogd aanstelt, blijft de voogd bedoeld bij deze wet de voogdij uitoefenen onder de voorwaarden van art. 10 tot 12 van deze wet. Art. 14 is van overeenkomstige toepassing.*"

Het is inderdaad zonder twijfel beter te voorzien in een continuïteit van voogdijgezag. Aangezien de handelingsonbekwaamheid van de minderja-

---

199 De Raad van State stelde in nogal cryptische bewoordingen dat het onlogisch is te verwijzen naar het B.W. en tezelfdertijd de bij de wet bepaalde toezichtsregeling te handhaven voor de minderjarige die geen verblijfsvergunning voor onbepaalde duur verkregen heeft (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 44). Als reactie op deze opmerking werd de WnBMV aangepast naar zijn huidige formulering (*Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 32).

200 M. VERRYCKEN, "openvallen en organisatie van de voogdij", in P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2002, 10, nr. 22.

201 *Parl. St.* Senaat, 2-1390/2, 148 en *Hand.* 2-257, 136, subamendement nr. 318 op amendement 312.

rige beschouwd wordt als een beschermingsstatuut[202], is het niet geoorloofd dat op een bepaald ogenblik er een breuk komt in de bescherming. De bijzondere voogdij kan pas eindigen als de burgerrechtelijke voogdij georganiseerd is. Hoewel enkele bepalingen van de WnBMV door het toekennen van een onbeperkte verblijfsregeling hun voorwerp zullen verliezen, lijkt het toch niet zinvol de beschermingsregeling te beperken tot de art. 10 tot 12 en 14. Op die manier worden bepaalde essentiële regels uitgesloten: bevoegdheid van de vrederechter om twistpunten te beslechten en de voogd te ontzetten (art. 20 WnBMV), taak voor de voogd om tweemaal per jaar een verslag op te stellen (art. 19 WnBMV),…

M.i. zou de tekst best als volgt geluid hebben: "*wanneer aan de niet-begeleide minderjarigen een verblijfsvergunning voor onbepaalde duur is afgeleverd, doet de voogd bedoeld in deze wet het nodige om de aanstelling van een voogd te verkrijgen zoals bedoeld in hoofdstuk II van boek I, titel X, van het Burgerlijk Wetboek. Tot aan de beslissing van de vrederechter die deze laatste voogd aanstelt, blijft de voogd bedoeld bij deze wet de voogdij uitoefenen onder de voorwaarden van deze wet*."

235. Ten slotte is het op zijn minst merkwaardig te noemen dat de Belgische wetgever ervan uitgaat dat de Belgische burgerrechtelijke voogdijregeling van toepassing kán zijn op de niet-begeleide minderjarigen. Zoals eerder gezegd wordt de voogdij in het Belgisch internationaal privaatrecht immers gekoppeld aan het personeel statuut van de minderjarige[203], met als gevolg dat de Belgische voogdijregeling nagenoeg nooit toegepast kan worden[204]. Dit is alleen anders mocht de wetgever ofwel de bedoeling gehad hebben om de Belgische burgerrechtelijke voogdijregeling voor de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen met verblijfsrecht van onbepaalde duur tot politiewet te verheffen, ofwel hij de bedoeling had de verwijzingsregel inzake voogdij te wijzigen[205]. Geen van beide opvattingen lijkt valabel, zodat deze bepaling ongetwijfeld stof zal doen opwaaien.

---

202 Zie P. SENAEVE, *Compendium*, II, nr. 1028 die spreekt over het beschermings*statuut* van de minderjarigheid.

203 Want betreffende zijn staat en bekwaamheid. Zie art. 3 lid 3 B.W. en het door België ondertekende Verdrag van Den Haag van 1902 tot regeling van de voogdij van minderjarigen, zie nrs. 110 e.v.

204 De Belgische regeling is wel toepasbaar indien renvoi mogelijk is en aanvaard wordt.

205 Waardoor de wetgever zou ingaan tegen constante rechtspraak en tegen art. 1 van het Haagse Voogdijverdrag.

B. Het voogdijverslag en de voogdijrekening

236. Uiterlijk 15 dagen na de beëindiging van zijn taak bezorgt de voogd een eindverslag van de voogdij aan de vrederechter. Een afschrift daarvan wordt toegezonden aan de Dienst Voogdij, alsook aan de pupil.

237. De vrederechter maakt proces-verbaal op van de rekening en verantwoording, van de goedkeuring ervan en van de aan de voogd verleende décharge (art. 19, § 2 WnBMV).

§ 9. OVERGANGSBEPALINGEN

238. De bijzondere, administratieve voogdijregeling is van toepassing op de niet-begeleide minderjarigen die op het tijdstip van de inwerkingtreding van de wet in het bezit zijn van een voorlopige verblijfsvergunning of van een verblijfsvergunning van bepaalde duur (art. 25 WnBMV).

Volgens de parlementaire voorbereiding is het de bedoeling elke vorm van discriminatie te voorkomen. Daarom wordt het nieuwe voogdijregime ook van toepassing op de niet-begeleide minderjarigen die vroeger illegaal waren, maar die op het tijdstip van de inwerkingtreding van de wet houder zijn van een verblijfsdocument (bijvoorbeeld: aankomstverklaring, bewijs van inschrijving in het vreemdelingenregister, bijlage 26*bis*,…) of van een verblijfsvergunning van bepaalde duur[206]. Ook personen met een tijdelijk administratief verblijfsrecht (*cf.* nr. 158 e.v.) vallen dus onder de voogdijregeling van de WnBMV.

Minderjarige vreemdelingen die illegaal zijn op het ogenblik van inwerkingtreding van de wet zullen onder het toepassingsgebied van de wet vallen. Van zodra een overheid kennis heeft van hun aanwezigheid wordt de Dienst Voogdij verwittigd en zal de door de WnBMV voorziene voogdijregeling toegepast worden.

239. De voogden en de toeziende voogden aangesteld met toepassing van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn blijven in functie gedurende zes maanden te rekenen van de datum van de inwerkingtreding van dit hoofdstuk. Aan het einde van deze termijn duidt de Dienst Voogdij een nieuwe voogd aan overeenkomstig art. 8. Die voogden en toeziende voogden handelen tijdens hun

[206] *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/15, 33.

ambtsperiode overeenkomstig het bepaalde in dit hoofdstuk (art. 26 WnBMV).

Men kan zich afvragen of de O.C.M.W.'s nog een rol zullen spelen in de voogdij inzake niet-begeleide minderjarigen. De Minister antwoordde dat geen afbreuk wordt gedaan aan de taken van de O.C.M.W.'s. De voogd (in het raam van de WnBMV) treedt op op het niveau van de coördinatie met de bevoegde overheidsinstanties onder meer op het gebied van de opvang en de huisvesting[207].

De O.C.M.W.'s zullen eventueel nog het voogdijorgaan zijn voor niet-begeleide minderjarigen die niet onder het toepassingsgebied van de WnBMV vallen[208]. Bovendien behouden de O.C.M.W.'s, ook al werd door de Dienst Voogdij een voogd aangeduid, nog steeds de plicht iedereen een menswaardig bestaan de verzekeren (art. 1 O.C.M.W.-Wet); de rol van het O.C.M.W. is dan beperkt tot haar bijstandstaak.

§ 10. WIJZIGINGS- EN SLOTBEPALINGEN

240. De wet voorziet in een ingewikkeld systeem van inwerkingtreding. Samenvattend komt het hier op neer:

A. *Art. 29 van de WnBMV* trad in werking op 1 januari 2003 en verstreek op 1 september 2003[209]. Art. 29 WnBMV strekt ertoe in art. 3 van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens een zevende paragraaf in te voegen. In deze paragraaf wordt bepaald dat de art. 6 tot 10, § 1, en 12 niet van toepassing zijn op de verwerkingen beheerd door het Europees Centrum voor vermiste en seksueel uitgebuite kinderen (Child Focus) met het oog op het verrichten van de taken vastgesteld door of krachtens de overeenkomst inzake het profiel en de monitoring van de trajecten van de niet-begeleide minderjarige asielaanvragers gesloten tussen de Belgische Staat en het Centrum.

B. De Koning bepaalt, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de dag waarop de *WnBMV*, met uitzondering van voornoemd

---

207 *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1390/5, 11.

208 Voor de toepasselijke regels, zie nrs. 114 e.v.

209 Inmiddels werd door de programmawet (I) van 5 augustus 2003 (*B.S.* 7 augustus 2003), de datum 1 september 2003 vervangen door 31 december 2003.

art. 29, in werking treedt (art. 28 WnBMV)[210]. De in uitvoering van de wet genomen Koninklijke Besluiten worden vóór hun publicatie aan de federale wetgevende Kamers medegedeeld. In het ontwerp-K.B. is bepaald dat (art. 30):

– de wet in werking treedt op de eerste dag van de vierde maand na die waarop het besluit in het *Belgisch Staatsblad* is bekendgemaakt,
– onder voorbehoud van het bepaalde in de art. 26[211] en 29 van de WnBMV,
– terwijl art. 3, § 1, § 2, 5° en 6°, en § 3 van de WnBMV (betreffende de oprichting van de Dienst Voogdij) in werking treden op de dag waarop dit besluit in het *Belgisch Staatsblad* is bekendgemaakt.

C. Het Koninklijk Besluit treedt op zijn beurt pas in werking (art. 31 ontwerp-K.B.):

– op de eerste dag van de vierde maand na die waarin het besluit in het *Belgisch Staatsblad* is bekendgemaakt;
– de art. 17, 18, 22, 23, 24 en 25 treden daarentegen in werking op de dag waarop het Koninklijk Besluit in het *Belgisch Staatsblad* is bekendgemaakt.

241. De Minister van Justitie is belast met de uitvoering van het K.B. (art. 32 ontwerp-K.B.). Uitvoeringsbesluiten zullen zeker nog nodig zijn, onder andere om de concrete samenstelling van de Dienst Voogdij vast te leggen.

---

210 In de parlementaire voorbereiding valt op dat meerdere parlementsleden ervoor pleitten om een regeling op te nemen waarbij de WnBMV automatisch in werking zou treden per 1 september 2003, datum waarop de bevoegdheid van Child Focus vervalt, om zo te vermijden dat er een juridisch vacuüm zou ontstaan. Zie onder andere amendement nr. 266, subamendement op amendement nr. 180, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/22, 4; amendement nr. 274 van Mevr. SCHAUVLIEGE en de heren VANDEURZEN en VAN PARYS, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-2124/35, 1; amendement Mevr. NYSSENS, *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1390/2, 5 en amendement nr. 341 van Mevr. DE BETHUNE, *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1390/8, 24. De Minister verzekerde echter dat 1 september 2003 een realistische datum is; zowel voor de koninklijke besluiten op federaal niveau, als voor de uitvoeringsbesluiten door de gemeenschappen (*Parl. St.* Senaat, nr. 2-1390/5, 35). Inmiddels is gebleken dat de Minister toch te optimistisch was. Ten eerste is de Minister zelf "vergeten" het uitvoeringsbesluit over te maken aan de Raad van State voor advies. Bovendien is er in de begroting 2003 geen enkele post opgenomen voor de oprichting van de Dienst Voogdij. Het ziet er dus naar uit dat de regeling ten allervroegste in 2004 in werking zal treden. Zie B. VAN KEIRSBILCK, "La Tabita. Mineurs non accompagnés: questions d'actualité", *J. dr. Jeun.* 2003, nr. 226, 29 e.v.

211 Dat de overgangsregeling voogdij inzake de voogdij door het O.C.M.W. bevat, zie nr. 239.

§ 11. OVERIGE BEPALINGEN

A. Behandeling van de dossiers van niet-begeleide minderjarigen

242. Iedere federale overheid behandelt de door de niet-begeleide minderjarigen ingediende verzoeken met spoed[212] (art. 2 lid 1 WnBMV).

B. Criterium inzake beslissingen die de minderjarige aanbelangen

243. In overeenstemming met tal van internationale verdragen (o.a. art. 3.1. I.V.R.K.) wordt bepaald dat bij iedere beslissing die op de minderjarige betrekking heeft, zijn belangen de eerste overweging vormen (art. 2 lid 2 WnBMV). Aldus moet de voogd alle bevoegdheden die hem in het raam van de voogdij toegekend zijn, uitoefenen in het belang van de pupil (= doelgebonden bevoegdheden)[213].

C. Het horen van de niet-begeleide minderjarige

244. Een minderjarige die over het vereiste onderscheidingsvermogen beschikt, wordt opgeroepen om te worden gehoord in alle procedures die hem betreffen (art. 15 WnBMV).

D. Rechtsingang bij verzoekschrift

245. Art. 594, 7° Ger.W., dat bepaalt welke zaken bij de vrederechter bij verzoekschrift aanhangig kunnen worden gemaakt, wordt hersteld door daar de bevoegdheid in te voegen om uitspraak te doen op de verzoeken inzake de specifieke voogdij als bepaald in Titel XIII, Hoofdstuk 6. – "Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen" van de Programmawet van 24 december 2002 (art. 27 WnBMV).

§ 12. CONCLUSIE INZAKE DE WNBMV

246. De WnBMV vertrekt zonder twijfel vanuit nobele doelstellingen: het garanderen van een beschermingsstatuut voor niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, hun handelingsonbekwaamheid opheffen, het vermijden van kinderprostitutie en kinder- en mensenhandel,… Toch wordt de wet gekenmerkt door tekortkomingen.

---

212 Art 4.2. resolutie. *Parl. St.* Kamer, nr. 2124-15, 19.

213 Vgl. voor de burgerrechtelijke voogdij: P. SENAEVE, *Compendium*, II, nr. 1226.

247. Er zijn ten eerste enkele prangende juridische problemen: hoe wordt de vrederechter op de hoogte gebracht van het ontstaan van de voogdij? Wat met de uitsluiting van minderjarige met stabiel verblijfsstatuut uit het toepassingsgebied? Wat met de minderjarige met verblijfsrecht voor onbepaalde duur? Wat zal het bestuurlijke toezicht van de Dienst Voogdij inhouden en wat zal de verhouding zijn tussen het toezicht van de Dienst Voogdij en de het toezicht door de vrederechter? Is er na deze wet nog een rol voor het O.C.M.W. weggelegd als voogdij-instantie voor niet-begeleide minderjarige vreemdelingen?

248. Het is duidelijk dat de WnBMV heel wat uitvoeringsmaatregelen vereist, vooral zij praktisch werkbaar is. Essentiële bepalingen moeten in een na overleg in de Ministerraad vastgesteld uitvoerings-K.B. opgenomen worden. Dat K.B. zal op zijn beurt nog uitgevoerd moeten worden door Ministeriële Besluiten. Binnen de Federale Overheidsdienst Justitie moet de Dienst Voogdij nog opgericht worden, er moeten voogden aangeduid worden, het permanente telefoonnummer moet bemand en gefinancierd worden,…

Daarbij komt dat de goedkeuring van het uitvoerings-K.B. op zijn beurt afhangt van de van de goedkeuring van een samenwerkingsakkoord tussen de federale overheid en de Gemeenschappen betreffende de opvang van de niet-begeleide minderjarigen[214] en de respectieve bevoegdheden van overheidsinstanties inzake minderjarigen[215].

Het is van belang dat de regeling zo snel mogelijk in werking treedt, en alleszins vóór 1 september 2003, datum waarop de machtiging waar *Child Focus* over beschikt om niet-begeleide minderjarige op te sporen, niet meer geldig zal zijn. De Minister heeft zich echter sterk gemaakt dat het geheel tegen 1 september 2003 rond zal zijn[216].

249. Naast de juridische problemen kunnen mogelijk nog praktische problemen ontstaan. Zoals gezegd was vanuit de praktijk de gewoonte gegroeid dat de beslissingen inzake ouderlijk gezag voor de niet-begeleide minderja-

---

214 De Dienst Voogdij heeft als essentiële taak om contact op te nemen met de bevoegde diensten met het oog op de opvang van die minderjarige. Omwille van de takenverdeling tussen de federale overheid en de Gemeenschappen heeft de Dienst Voogdij zelf geen beslissingsbevoegdheid inzake huisvestiging.

215 Verslag KAÇAR en LALOY, *Parl. St.* Senaat, 2-1199/1, 42.

216 *Parl. St.* Senaat, nr. 2-1390/5, 35 en het antwoord op mondelinge vraag van Mevr. LALOY (nr. 2-1261) en mondelinge vraag van Mevr. N. T' SERCLAES (nr. 2-1262), *Hand.* Senaat, nr. 2-273, 12-14. Desalniettemin is de Minister niet in deze opzet geslaagd, zie de voetnoten 206 en 207.

rigen door de opvoeders in de opvanginstellingen werden genomen. Nu is de voogd daarvoor bevoegd. Het is aan te bevelen dat ook opvoeders uit die opvanginstellingen tot voogd benoemd kunnen worden. De bevoegdheidsafbakening tussen de voogd en de opvoeders zal vaak een delicate taak zijn. De minderjarige wordt nu mogelijks geconfronteerd met zijn opvoeders, zijn voogd en zijn advocaat, die elk onderscheiden taken vervullen. Dit zou verwarrend kunnen werken.

HOOFDSTUK VII.
CONCLUSIE

De WnBMV komt tegemoet aan een deelaspect van de problematiek van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, namelijk hun handelingsonbekwaamheid. Toch ontbreekt het nog steeds aan een globale visie inzake deze problematiek.

Zoals de Guidelines van het U.N.H.C.R. stellen: "*Effective protection and assistance should be delivered tot unaccompanied children in a systematic, comprehensive and integrated manner*."

We kunnen enkel hopen dat de wetgever er binnenkort voor kiest om, in plaats van alle deelaspecten afzonderlijk te behandelen, een globale regeling op te stellen, die alle noodzakelijke regelgeving in zich verenigt.

DEEL III
RECENTE EVOLUTIES IN HET JEUGDBESCHERMINGSRECHT

PROF. DR. JOHAN PUT

Docent K.U.Leuven

INLEIDING

250. In deze bijdrage worden een aantal wetswijzigingen besproken die tijdens de voorbije twee jaar tot stand zijn gekomen in het gebied van het jeugdbeschermingsrecht. Het zijn los van elkaar staande wijzigingen, maar met als constante dat de wijzigingen werden aangegrepen om politieke discussies te voeren, of aanleiding gaven tot vragen over bevoegdheidsverdeling, veeleer dan over de eigenlijke inhoud van de aanpassingen.

251. Meer algemeen kan trouwens worden vastgesteld dat de wetgevende evolutie tijdens de voorbije periode allesbehalve representatief is voor de ontwikkelingen en de discussies op beleidsniveau. Na de hervormingsvoorstellen inzake jeugdbescherming die in de jaren 1990 werden uitgewerkt door de commissie-CORNELIS[1] en de Onderzoeksgroep Jeugdcriminologie van de K.U.Leuven, onder leiding van professor WALGRAVE[2], werd tijdens de regering-Verhofstadt I op het kabinet van de minister van Justitie een ontwerp uitgewerkt door Christian MAES.[3] De titel hiervan luidde: "*ontwerp houdende antwoorden* (in het meervoud!) *op delinquent gedrag van minderjarigen*", hetgeen er reeds op wijst dat niet voor één specifiek model wordt gekozen, maar veeleer voor een pragmatische benadering van de aanpak van jeugddelinquentie, met een mix van gepast geachte antwoorden (die deels beschermend, hulpverlenend, curatief, herstelgericht, maatschappijbeveiligend, bestraffend of responsabiliserend kunnen zijn). De accenten van het ontwerp liggen op proceswaarborgen, herstelgerichte afhandeling en responsabilisering van de jeugdige delinquent. Er wordt een duidelijk onderscheid ingesteld tussen de voorbereidende, berechtings- en uitvoeringsfase, met een verschil in mogelijke maatregelen én de tussenkomst van verschillende jeugdrechters. Er wordt voorkeur gegeven aan constructief-sanctionerende maatregelen als de gemeenschapsdienst. Herstelbemiddeling wordt mogelijk gemaakt in elke fase van het proces; ook de

---

1 X., "Eindverslag Nationale commissie voor de hervorming van de wetgeving inzake jeugdbescherming" in G. DECOCK en Ph. VANSTEENKISTE (eds.), *Herstel of sanctie / Naar een jeugdsanctierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 5-48.

2 H. GEUDENS, W. SCHELKENS en L. WALGRAVE, "Op zoek naar een herstelrechtelijk jeugdsanctierecht in België. Een denkoefening" in G. DECOCK en Ph. VANSTEENKISTE (eds.), *Herstel of sanctie / Naar een jeugdsanctierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 49-101. Zie ook L. WALGRAVE, *Met het oog op herstel. Bakens voor een constructief jeugdsanctierecht*, Leuven, Universitaire Pers, 2000, 178 p.

3 Opgenomen als bijlage bij *T.J.K.* 2001, afl. 4 en *J. dr. jeun.* 2001, afl. 4, 57 p. Zie ook het advies hierover van de Hoge Raad voor de Justitie van 12 december 2001, *www.hrj.be (activiteiten-adviezen).* Na het afspringen van deze ontwerptekst heeft de oppositie het ontwerp meermaals als amendement of wetsvoorstel in het federale parlement ingediend, hetgeen alvast de verdienste heeft dat de tekst in de officiële parlementaire documenten terug te vinden is (zie o.m. *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1964).

mogelijkheid van probatie wordt ingevoerd. Plaatsing in een gesloten afdeling van federale instellingen wordt beschouwd als een hoogst uitzonderlijke maatregel. Uithandengeving wordt zo goed als afgeschaft, maar de mogelijke duurtijd van de maatregelen wordt verlengd (tot 25 jaar).

252. Het voorontwerp van het kabinet van Justitie kreeg evenwel forse tegenwind, voornamelijk van Franstalige zijde, en werd opzij geschoven. In de plaats daarvan werden drie nieuwe ontwerpen aangekondigd:

– de modernisering van de Jeugdbeschermingswet, waardoor de jeugdrechter bijkomende maatregelen kan opleggen aan jongeren vanaf de leeftijd van 12 jaar, rekening houdend met de aard van de feiten, de toestand van de jongere en de noden van de samenleving. De bedoelde maatregelen zijn herstelbemiddeling, herstelrechtelijke maatregelen, gemeenschapsdienst en geldboeten;
– de vergemakkelijking van de uithandengeving;[4]
– de invoering van een verzwarende omstandigheid voor meerderjarigen die minderjarigen misbruiken om misdrijven te plegen om zo te ontsnappen aan de normale straffen.[5]

253. Over deze ontwerpen, behalve het derde, bestond lang geen eensgezindheid tussen de federale en Gemeenschapsoverheden. Zij kunnen ook nauwelijks bestempeld worden als de, door velen als noodzakelijk aangevoelde, werkelijke hervorming van de jeugdbescherming. Het is nu afwachten wat van de in de nieuwe regeringsverklaring aangekondigde "modernisering" van de Jeugdbeschermingswet ditmaal wel zal worden gerealiseerd.[6]

---

4 Wat de eerste twee punten betreft, zie het op het einde van de vorige legislatuur door PS en ECOLO ingediende Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming (*Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 2448), inmiddels opnieuw ingediend (Parl. St. Kamer BZ 2003, nr. 100).

5 Zie het in het najaar van 2002 door de SP ingediende Wetsvoorstel houdende bestraffing van personen die minderjarigen gebruiken om misdaden of wanbedrijven te plegen, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 2027. Dit voorstel is vervallen door de parlementsontbinding.

6 Federale regeringsverklaring, *Parl.St.* Kamer BZ 2003, nr. 20/1, 55-56.

HOOFDSTUK I.
VEILIGHEID BIJ VOETBALWEDSTRIJDEN

§ 1. PROBLEEMSTELLING

254. De opkomst van administratieve maatregelen met een duidelijk strafkarakter in de Belgische rechtsorde, heeft nieuwe vragen doen rijzen, ook op het gebied van het jeugdbeschermingsrecht. Een voorbeeld van een dergelijke administratiefrechtelijke "straf"maatregel is de Voetbalwet[7], waarin bepaalde feiten die het verloop van een voetbalwedstrijd verstoren, strafbaar worden gesteld (gooien met voorwerpen; onrechtmatig betreden van het stadion; betreden van niet-toegankelijke zones; aanzetten tot slagen en verwondingen, haat of woede; binnenbrengen of bezit van pyrotechnische voorwerpen) (art. 19-23*bis*). De inbreuken kunnen aanleiding geven tot een administratieve geldboete (van 250 tot 5000 euro), een administratief stadionverbod (van 3 maanden tot 5 jaar) of een van deze sancties alleen (art. 24). Deze sancties worden opgelegd door een daartoe aangewezen ambtenaar van de Algemene Directie Veiligheids- en preventiebeleid.[8] De overtreder die de opgelegde sanctie betwist, moet daartoe beroep aantekenen bij de politierechtbank binnen een maand na de kennisgeving van de beslissing; tegen de beslissing van de politierechtbank staat geen hoger beroep open (art. 31).

Naast deze administratieve sancties, is ook een gerechtelijke stadionverbod mogelijk: de rechter kan in geval van een veroordeling voor een misdrijf begaan in een stadion, een gerechtelijk stadionverbod voor een duur van 3 maanden tot 10 jaar uitspreken (art. 41).
Bij vaststelling van een administratiefrechtelijk sanctioneerbare inbreuk, kan de politieambtenaar ook meteen, als beveiligingsmaatregel, een stadionverbod opleggen. Deze beslissing vervalt indien zij niet binnen 14 dagen wordt bevestigd door de bevoegde ambtenaar van de Algemene Directie Veiligheids- en preventiebeleid. Ook de procureur des Konings aan wie de politieambtenaar de vaststelling van een misdrijf in een stadion meldt, kan een stadionverbod als beveiligingsmaatregel opleggen. Deze beveiligingsmaatregelen houden in elk geval op te bestaan indien een administratief of gerechtelijk stadionverbod wordt uitgesproken (art. 44).

---

7 Wet van 21 december 1998 betreffende de veiligheid bij voetbalwedstrijden, *B.S.* 3 februari 1999.

8 Art. 26 Voetbalwet en art. 2 K.B. 11 maart 1999 tot vaststelling van de regels voor de administratieve procedure ingevoerd bij wet van 21 december 1998 betreffende de veiligheid bij voetbalwedstrijden, *B.S.* 26 maart 1999.

Hoewel zulks niet uitdrukkelijk wordt vermeld, kan worden aangenomen dat ook tegen het opleggen van een stadionverbod als beveiligingsmaatregel beroep mogelijk is bij de politierechtbank, aangezien art. 44 Titel IV van de Voetbalwet toepasselijk verklaart; art. 31 dat de politierechtbank als bevoegde rechtbank aanwijst, maakt deel uit van deze Titel IV.

255. Het probleem is nu dat de inbreuken die kunnen leiden tot administratieve sancties overeenkomstig de Voetbalwet, in een aantal gevallen ook "als misdrijf omschreven feiten" kunnen uitmaken. Onder die kwalificatie zou evenwel uitsluitend de jeugdrechtbank bevoegd zijn en zouden uitsluitend de door de Jeugdbeschermingswet bepaalde maatregelen kunnen worden opgelegd. Aldus zouden voor de vervolging van dezelfde feiten twee categorieën bestaan:

1° de minderjarigen waarop de administratieve sancties en de procedure betreffende de administratieve rechtsvordering waarin de Voetbalwet voorziet, van toepassing zijn;

2° de minderjarigen waarop uitsluitend de Jeugdbeschermingswet van toepassing is.

256. De Politierechtbank te Antwerpen heeft daarom de prejudiciële vraag gesteld aan het Arbitragehof of deze toestand de art. 10 en 11 Grondwet schendt. De uitspraak van het Arbitragehof hierover kwam er op 6 november 2002.[9]

Daarin wijst het Hof eerst op de motieven voor de invoering van en de essentiële waarborgen ingebouwd bij het systeem van administratieve handhaving van de Voetbalwet (snellere en efficiëntere afhandeling, minder repressieve maatregelen, voldoen aan de vereisten van art. 6 en 7 E.V.R.M.: rechten van verdediging, legaliteit, gelijkheid, proportionaliteit; regeling van de samenloop van de strafrechtelijke en administratieve vervolging).

Het Arbitragehof stelt het administratieve handhavingsstelsel van de Voetbalwet op zich niet in vraag, maar onderzoekt enkel of dit stelsel ten aanzien van minderjarigen de evenredigheidstoets kan doorstaan. Volgens het Hof is het niet naar redelijkheid verantwoord om op minderjarigen de administratieve sancties opgenomen in de Voetbalwet, toe te passen volgens de bij die wet georganiseerde rechtspleging. Het Hof valt dus zowel over de aard van de sancties als over de rechtspleging, op grond van volgende centrale motieven:

---

9 Arbitragehof nr. 155/2002, 6 november 2002, *B.S.* 24 februari 2003, 8918, *J.T.* 2003, 116, *NjW* 2002, 459, opm. J.P. en *T.J.K.* 2003, 97.

"B.7.2. De toepassing van die administratieve sancties zou bepaalde minderjarigen beroven van de procedurele waarborgen die de voormelde wet van 8 april 1965 heeft ingesteld voor alle minderjarigen, welke ook de ernst van de feiten is. Uit art. 37, § 1, van de wet van 8 april 1965 volgt dat aan de minderjarigen in beginsel enkel 'maatregelen van bewaring, behoeding en opvoeding' kunnen worden opgelegd – hetgeen elke geldboete uitsluit – en zulks enkel door de jeugdgerechten. Die gespecialiseerde rechtscolleges staat aldus een ruime waaier van maatregelen, nader bepaald in art. 37, § 2, van de voormelde wet, ter beschikking die volgens de omstandigheden kunnen worden opgelegd aan personen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en die de leeftijd van achttien jaar niet hebben bereikt.
B.7.3. In tegenstelling tot de vermogensstraf, omschreven als een administratieve geldboete door de in het geding zijnde wet, kan een stadionverbod deel uitmaken van die maatregelen. Evenwel is het niet redelijk verantwoord dat de wetgever, wanneer het om voetbalwedstrijden gaat, de zorg die hij tot uiting heeft gebracht om de minderjarigen te beschermen en hun toekomst te vrijwaren door hen bijzondere procedurele waarborgen te verlenen, opgeeft.
De omstandigheid dat de art. 36bis en 38 van de wet van 8 april 1965 in specifieke gevallen toestaan personen ouder dan zestien jaar op het ogenblik van de feiten voor het gerecht, bevoegd op grond van het gemeen recht, te brengen, volstaat niet om aan de in het geding zijnde maatregelen hun onevenredig karakter te ontnemen."

257. Dit arrest is van groot belang voor de toepassing op minderjarigen van alle bijzondere wetten die (straf- of administratieve) sancties of maatregelen bepalen voor specifieke inbreuken.

Enerzijds is vereist dat dergelijke maatregelen onder de categorie "maatregelen van bewaring, behoeding en opvoeding" kunnen worden gebracht, hetgeen in elk geval loutere boeten uitsluit. Anderzijds moet de toepassing van deze maatregelen verlopen met respect voor de bijzondere procedurele waarborgen waarin de Jeugdbeschermingswet voorziet.

Het is aan de wetgever om te bepalen hoe dit laatste moet worden verwezenlijkt: ofwel door de jeugdrechtbank bevoegd te maken, ofwel door de bevoegdheid van een andere rechtbank te behouden, maar de rechtspleging (en filosofie?) van de Jeugdbeschermingswet toepasselijk te verklaren. Het zal evenwel duidelijk zijn dat deze laatste oplossing gepaard zou gaan met de nodige complicaties.

§ 2. AANPASSING VAN DE VOETBALWET

258. Wat de Voetbalwet betreft, heeft het antwoord alvast niet lang op zich laten wachten. Op het moment dat dit arrest werd geveld, werd in de Senaat net een wetsontwerp tot wijziging van de Voetbalwet besproken, dat door de Kamer van Volksvertegenwoordigers reeds was goedgekeurd. Naast andere doelstellingen, beoogde dit ontwerp de mogelijkheid in te voeren een stadionverbod op te leggen aan de minderjarigen die op het moment van de feiten tussen 16 en 18 jaar zijn.[10] Volgens de Memorie van toelichting is het belangrijk dat zij gesanctioneerd kunnen worden op dezelfde wijze als de meerderjarigen[11], teneinde bij hen geen gevoel van straffeloosheid te creëren.[12] Voor het overige werd in het oorspronkelijk ontwerp niets specifieks bepaald ten aanzien van minderjarigen, zodat de gewone procedures en de bevoegdheid van de politierechtbank ook voor hen zouden gelden.

259. De Raad van State onderzocht in zijn advies of de federale overheid bevoegd is om een administratief stadionverbod op te leggen aan minderjarigen, zonder voorafgaand overleg met de Gemeenschappen. Dit is het geval als geoordeeld wordt dat dit stadionverbod niet bedoeld is om de minderjarige te beschermen (in zijn belang voorkomen dat hij later bij incidenten tijdens voetbalwedstrijden betrokken raakt), maar een repressieve bedoeling heeft. Als het stadionverbod echter wél een "beschermend

---

10 Hoewel dit niet uitdrukkelijk is bepaald, kan worden aangenomen dat hierdoor ook de mogelijkheid ontstaat om een stadionverbod als beveiligingsmaatregel op te leggen overeenkomstig art. 44 Voetbalwet. Dit artikel laat een dergelijke maatregel toe: 1° door de politieambtenaar, bij vaststelling van een administratiefrechtelijk sanctioneerbaar feit; 2° door de procureur, bij vaststelling van een misdrijf in (de perimeter van) een stadion. Nu art. 24, tweede lid bepaalt dat ook aan minderjarigen vanaf 14 jaar een stadionverbod kan worden opgelegd, is meteen duidelijk dat ook ten aanzien van minderjarigen de feiten bedoeld in de art. 19 tot 23*ter* administratief sanctioneerbare feiten zijn, zodat de politieambtenaar aan hen ook een stadionverbod als beveiligingsmaatregel kan opleggen. Of ook de procureur des Konings dat kan, is meer betwijfelbaar, aangezien er hier sprake moet zijn van vaststelling van een misdrijf. Minderjarigen plegen evenwel geen "misdrijven", maar "als misdrijf omschreven feiten". Indien de wetgever van oordeel was dat de procureur ook ten aanzien van minderjarigen een stadionverbod als beveiligingsmaatregel moet kunnen opleggen, had hij daarom deze terminologie moeten aanpassen.

11 Deze uitspraak laat meteen veronderstellen dat de minister ervan uitging dat tot dan de administratieve sancties niet konden worden opgelegd aan minderjarigen… Het is dus wel enigszins vreemd te noemen dat er blijkbaar toch stadionverboden aan minderjarigen werden opgelegd (zie de zaak voor de Antwerpse politierechtbank) en dat de regering zelf voor het Arbitragehof voorhield dat de administratieve sancties uit de Voetbalwet (enkel) kunnen worden opgelegd ingeval het parket geen gebruik maakt van zijn exclusieve vervolgingsbevoegdheid in jeugdzaken (Arbitragehof nr. 155/2002, 6 november 2002, A.2.1).

12 M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1729/1, 11-12. In dezelfde zin de verklaring van de Minister van Binnenlandse Zaken: Commissieverslag, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1729/7, 9.

facet"[13] heeft, dan is de federale overheid niet bevoegd. Immers, in principe zijn de Gemeenschappen bevoegd voor jeugdbijstand, met als één van de federale uitzonderingen de opgave van maatregelen die kunnen worden genomen ten aanzien van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd. Volgens de Raad echter zijn in het onderhavige geval de feiten die aanleiding geven tot een stadionverbod niet noodzakelijk strafbare feiten; voor feiten die als strafbaar feit worden gekwalificeerd, zou bovendien overleg met de Gemeenschappen noodzakelijk geweest zijn. De Raad aanvaardt de bevoegdheid van de federale overheid, zonder dat voorafgaand overleg noodzakelijk is, omdat in de memorie van toelichting duidelijk staat dat het ontwerp een sanctie instelt voor het geval de toepassing van het beschermingsluik niet gerechtvaardigd is.[14]

260. Deze – korte – passage roept enkele bedenkingen op.

261. Vooreerst is er de vaststelling dat het "misdrijf"begrip dat de Raad van State hanteert enigszins confuus is. Aan de ene kant wordt overwogen dat niet alle feiten die tot een stadionverbod aanleiding kunnen geven, strafbare feiten zijn. Aan de andere kant wordt toch de bevoegdheid van de federale overheid aanvaard omwille van de repressieve aard van de maatregel. In elk geval wordt dus de term "misdrijf" in art. 5, § 1, II, 6°, d) Bijzondere Wet Hervorming Instellingen eng geïnterpreteerd als misdrijf in de zin van het klassiek, intern Belgisch strafrecht. Gezien het hier gaat om de bevoegdheidsverdeling tussen de federale overheid en de Gemeenschappen en om de afbakening van het strafrecht en jeugdbeschermingsrecht, lijkt dit een terechte invulling te zijn.[15] Gevolg hiervan is dan wel dat deze bepaling geen grondslag kan zijn voor de federale bevoegdheid om een stelsel van administratieve sancties ten aanzien van minderjarigen in te stellen voor feiten die niet strafbaar zijn met klassieke strafsancties, ook al zijn die administratieve sancties repressief van aard en kunnen zij als "straffen" worden beschouwd in de zin van art. 6 E.V.R.M. Naar onze mening is het dan niet voldoende om de repressieve aard van de maatregel (en dus het feit dat het niet om een beschermingsmaatregel gaat) aan te halen om te besluiten tot de bevoegdheid van de federale overheid, allicht op grond van diens residuaire bevoegdheid (zie ook verder, nr. 292). Veeleer lijkt het ons dat de bevoegdheid om administratieve sancties in te

---

13 Blijkbaar volstaat volgens de Raad een "facet" van bescherming en is het dus niet nodig dat dit aspect overheerst...

14 Advies Raad van State, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1729/1, 23-24.

15 Vgl. met de invulling van het begrip "straf" in art. 14 Grondwet en art. 11, tweede lid Bijzondere Wet Hervorming Instellingen: J. PUT, "Rechtshandhaving door administratieve sancties in het recht", Preadvies voor het 40ste Wetenschappelijk Congres georganiseerd door de Vlaamse Juristenvereniging, *R.W.* 2001-02, (1195) 1199-1200.

stellen moet worden gekoppeld aan de materie waarover het gaat. *In casu* gaat het om de veiligheid bij voetbalwedstrijden, en is dat een materie die niet aan de Gemeenschappen of Gewesten is toebedeeld. Daarom is de federale overheid bevoegd om deze materie te regelen, inclusief de handhaving ervan door administratieve sancties. Als het echter om een materie zou gaan waarvoor de Gemeenschappen of Gewesten in eerste instantie bevoegd zijn (bv. leefmilieu of onderwijs), komt het aan hen toe om de handhaving daarvan te organiseren. Het is dan niet mogelijk dat de federale overheid administratieve sancties van repressieve aard instelt bij overtreding van de betrokken reglementering.

262. Een tweede aspect is dat, ook in de hypothese dat de federale overheid bevoegd is, nog moet worden nagegaan of er geen inbreuk is op het niet-discriminatiebeginsel. Dit is uiteraard in eerste instantie een zaak voor het Arbitragehof. Uit bovenstaand arrest is niet duidelijk af te leiden of het Hof van oordeel is dat álle repressieve maatregelen aanzien van minderjarigen zich in het systeem van de jeugdbescherming moeten inschrijven (zolang dat bestaat, althans), dan wel dat er enkel zorg voor moet worden gedragen dat de procedurele waarborgen van de Jeugdbeschermingswet steeds worden gegarandeerd.

263. Een derde opmerking betreft het feit dat het ontwerp nog verscheidene aanpassingen onderging (zie hieronder), waarbij onder andere de jeugdrechtbank werd bevoegd gemaakt. De aanpassingen beogen aan de bezwaren van het Arbitragehof te beantwoorden, maar houden wel een verschuiving in, minstens voor een deel, in de richting van de jeugd"*bescherming*". Voor zover dit het geval is, duikt het bevoegdheidsprobleem opnieuw op, en rijst met name de vraag of er toch geen voorafgaand overleg met de Gemeenschappen had moeten plaatsvinden.
Gelet op de vereisten die vanuit verschillende hoeken worden gesteld en die soms moeilijk verenigbaar zijn, is er allicht maar één manier om tot een bevredigende oplossing te komen voor het probleem van de toepassing van administratieve handhavingstelsels op minderjarigen. Die bestaat erin ofwel deze toepassing uit te sluiten, ofwel een samenwerkingsakkoord te sluiten met de overheden op alle niveaus die de bevoegdheid hebben om administratieve sancties te bepalen (federale overheid, Gemeenschappen, Gewesten, gemeenten...) waarin een eenheidssysteem van rechtsbescherming ten aanzien van minderjarigen wordt overeengekomen. Dit zou er bijvoorbeeld in kunnen bestaan dat een minimumleeftijd wordt afgesproken, dat de toepassing van administratieve geldboeten wordt uitgesloten, dat steeds de jeugdrechtbank als bevoegde rechtbank wordt aangewezen, met aanduiding van de toepasselijke procedure.

264. Tijdens de bespreking van het wetsontwerp in de Kamercommissie stak opnieuw de "terminologische mystificatie"[16] de kop op, nadat een amendement was ingediend – dat overigens werd aanvaard – om de leeftijd vanaf wanneer een stadionverbod kan worden opgelegd, te verlagen van 16 tot 14 jaar. De minister verklaarde dat ofwel de bestraffing ofwel de bescherming prevaleert. "*Veeleer dan een werkelijke straf dient een administratief stadionverbod als een administratieve maatregel aangezien te worden die de jongere in staat moet stellen zich over zijn daden te bezinnen. Toch moet – rekening houdend met het advies van de Raad van State dat preciseert dat de federale overheid slechts bevoegd is om een administratief stadionverbod op te leggen aan een minderjarige als "geoordeeld wordt dat dit stadionverbod niet bedoeld is om de minderjarige te beschermen" – de terminologie behouden blijven.*"[17] Deze passage is werkelijk een typevoorbeeld van hoe de wetgever meent met loutere bewoordingen de werkelijke aard van een maatregel te kunnen bepalen.

265. Het wetsontwerp werd in de Kamer van Volksvertegenwoordigers in plenaire vergadering goedgekeurd op 27 juni 2002 en nadien door de Senaat geëvoceerd. In de loop van de bespreking in de commissie is dan het hierboven besproken arrest van het Arbitragehof geveld, waarop de regering meteen een aantal amendementen indiende om tegemoet te komen aan de bezwaren van het Arbitragehof.[18] Deze amendementen lieten de mogelijkheid van een stadionverbod voor minderjarigen vanaf 14 jaar onverlet, maar voerden een aantal proceduregaranties in, geïnspireerd op de Jeugdbeschermingswet (nieuwe art. 26, § 2, 30, tweede lid en 31, § 2 Voetbalwet):

– de vader en moeder, voogden of de personen die het gezag over de minderjarige uitoefenen[19], worden mee betrokken in de procedure.

---

16 M. VAN DE KERCHOVE, "Des mesures répressives aux mesures de sûreté et de protection. Réflexions sur le pouvoir mystificateur de language", *Rev. dr. pén.* 1976-77, 245-279.

17 Commissieverslag, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1729/7, 21-22. Tijdens de commissiebesprekingen in de Senaat verklaarde de minister dat het wel degelijk gaat om sancties en niet om preventieve maatregelen van bewaring (*Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 1218/4, 12). Overigens, voor het Arbitragehof verdedigde de regering de stelling dat het stadionverbod geen straf is, maar veeleer een administratieve veiligheidsmaatregel (Arbitragehof nr. 155/2002, 6 november 2002, A.3).

18 *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 1218/3.

19 Er wordt niet verduidelijkt welke categorieën precies beoogd worden met de omschrijving "*personen die het gezag uitoefenen*" (naast de ouders of de voogden).
In de Jeugdbeschermingswet wordt gesproken van "personen die de minderjarige onder hun bewaring hebben"; over de invulling van dat begrip – juridisch dan wel feitelijk – is er betwisting in de rechtspraak en rechtsleer (zie J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht* in *A.P.R.*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1996, 489-490, nrs. 1298-1301).
Dat er hier sprake is van het uitoefenen van gezag (en niet van bewaring), lijkt o.i. erop te wijzen dat enkel de juridisch geregelde situaties worden bedoeld; daarbij kan men denken aan de pleegvoogden en de provoogden, die in bepaalde omstandigheden (bepaalde onderdelen van) het gezag over de persoon van de minderjarige uitoefenen (zie resp.

Concreet krijgen ook zij de aangetekende brief met de verplichte gegevens van de bevoegde ambtenaar als start van de procedure tot oplegging van een administratieve sanctie, krijgen zij een kopie van het verhoor van de minderjarige en wordt de beslissing tot oplegging van een administratieve sanctie ook aan hen betekend;
- de minderjarige wordt altijd gevraagd zich mondeling te komen verdedigen; hij krijgt een kopie van zijn verhoor;
- indien de minderjarige geen advocaat heeft, wordt er hem één toegewezen. Wanneer de feiten aanhangig worden gemaakt bij de bevoegde ambtenaar, brengt deze onmiddellijk de stafhouder van de orde der advocaten op de hoogte. De stafhouder of het bureau voor juridische bijstand wijst ten laatste twee werkdagen na het bericht een advocaat aan die wordt belast met het begeleiden van de minderjarige tijdens de hele procedure. De stafhouder of het bureau voor juridische bijstand waakt erover dat bij tegenstrijdigheid van belangen, de minderjarige wordt bijgestaan door een andere advocaat dan deze waarop zijn vader, moeder, voogd of persoon die over hem het gezag uitoefent, een beroep zou hebben gedaan;
- de jeugdrechtbank, in plaats van de politierechtbank, is bevoegd bij betwisting van de administratieve sanctie.

266. Wat dit laatste betreft, levert de wetswijziging o.i. grote onduidelijkheden op, minstens zolang ook niet de Jeugdbeschermingswet wordt aangepast.
Het nieuwe art. 31, § 2 luidt als volgt: "*Indien de beslissing genomen wordt ten opzichte van een minderjarige die veertien jaar was op het ogenblik van de feiten, wordt het beroep bij de jeugdrechtbank ingediend.*" Aangezien de bevoegdheid van de jeugdrechtbank wordt gekoppeld aan de leeftijd van de minderjarige op het ogenblik van de feiten, is diens leeftijd op het ogenblik dat hij voor de jeugdrechtbank verschijnt, niet relevant.

267. De regering had vooropgesteld dat ze later een wetsontwerp zou indienen om de nieuwe bevoegdheid van de jeugdrechtbank te bevestigen in de Jeugdbeschermingswet[20], maar daar is vooralsnog niets van in huis gekomen[21]. Zolang deze "bevestiging" er niet is, blijft het onduidelijk

---

art. 475*bis*-475*septies* B.W. en art. 33-35 Jeugdbeschermingswet).

[20] Verantwoording bij amendement nr. 12, *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 1218/3, 4.

[21] De twee wetsontwerpen aangaande gemeentelijke administratieve sancties bevatten ook een aanpassing van de Jeugdbeschermingswet: een art. 36, 5° en een art. 37*bis* Jeugdbeschermingswet zouden de bevoegdheid van de jeugdrechtbank expliciteren voor beroepen tegen administratieve sancties, o.a. deze bepaald door art. 24 van de Voetbalwet. Opmerkelijk is dat in die voorgestelde bepalingen de leeftijd van 16 jaar werd gehanteerd als minimumleeftijd om administratieve sancties aan minderjarigen op te leggen. De wetgever was inmiddels

volgens welke procedure de jeugdrechtbank deze zaken moet behandelen. Twee uitgangspunten zijn daarbij van belang.

1° Artikel 62 Jeugdbeschermingswet, dat verduidelijkt in welke gevallen de "burgerlijke" dan wel "strafrechtelijke" procedureregels gelden, is een "gesloten artikel": het duidt precies aan welke procedure van toepassing is in welke gevallen, zonder dat één van beide procedures de normale of subsidiaire procedure waarop kan worden teruggevallen in alle gevallen die niet uitdrukkelijk zijn geregeld. Evenmin is het duidelijk of de rechtspleging in twee stadia, zoals deze geldt in POS en MOF-zaken, van toepassing zal zijn, noch of de jeugdrechtbank het stadionverbod kan vervangen door een andere jeugdbeschermingsmaatregel.

2° Artikel 31, § 1, dat het heeft over de bevoegdheid van de politierechtbank, geeft aan dat degene die de sanctie wenst te betwisten, op straffe van verval binnen een termijn van een maand vanaf de kennisgeving van de beslissing, bij wege van verzoekschrift, beroep aantekent. Tegen de beslissing van de politierechtbank staat geen hoger beroep open. Voor het overige zijn de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing op de beroepsprocedure bij de politierechtbank en op de buitengewone rechtsmiddelen (verzet en cassatie).
Het lijkt allicht logisch deze bijzondere regels en de toepasselijkheid van het Gerechtelijk Wetboek ook voor de jeugdrechtbanken te laten gelden, maar de vraag is of dit kan zonder uitdrukkelijke tekst in die zin (de nieuwe § 2 van art. 31 vermeldt daarover immers niets). Bovendien blijft ook dan de vraag of hiermee aan de bezwaren van het Arbitragehof is tegemoet gekomen.

268. Nog dit: het parket blijft de mogelijkheid hebben om voor dezelfde feiten de jeugdrechter te vatten op grond van art. 36, eerste lid, 4° Jeugdbeschermingswet. Het is maar als het parket niet overgaat tot vordering, dat de administratiefrechtelijke afhandeling in werking kan treden.[22]

§ 3. GEMEENTELIJKE ADMINISTRATIEVE SANCTIES

269. De openstelling van de administratieve handhaving van de Voetbalwet voor minderjarigen, is slechts een voorbode voor een veel ruimere mogelijkheid die zal worden geboden om ook aan minderjarigen bepaalde administratieve sancties op te leggen. Op het einde van de 50e legislatuur

---

blijkbaar al vergeten dat tijdens de parlementaire behandeling van de wijzigingen aan de Voetbalwet, deze leeftijd tot 14 jaar werd verlaagd wat het stadionverbod betreft…

[22] Zie de verklaringen van de minister van Binnenlandse Zaken: *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 1218/4, 2 en *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1729/11, 5.

(17 maart 2003) werden immers twee wetsontwerpen ingediend die de Nieuwe Gemeentewet en de Jeugdbeschermingswet aanpasten op het vlak van de gemeentelijke administratieve sancties.[23] De bedoeling was een aantal overtredingen te depenaliseren (voornamelijk Titel X van Boek II Sw.) en de toepassingsmogelijkheden van de gemeentelijke administratieve sancties te verruimen. Deze ontwerpen werden op 3 april 2003 aangenomen door de Kamer van Volksvertegenwoordigers, nadien overgezonden naar de Senaat[24] en daar verzonden naar de commissie voor een beslissing inzake de uitoefening van het evocatierecht. De betrokken commissie heeft evenwel niet meer vergaderd en de Senaat werd ontbonden vooraleer de evocatietermijn verstreken was. Bijgevolg zijn deze wetsontwerpen voorlopig vervallen en zal dit dossier bij het begin van de nieuwe legislatuur opnieuw ter bespreking voorliggen.

270. Aangezien deze ontwerpen geen wet zijn geworden, worden zij hier niet diepgaand besproken. In essentie houden de voorgestelde wijzigingen in dat van de gemeentelijke administratieve sancties (enkel) de administratieve geldboete ook toepasselijk kan zijn op minderjarigen die op het tijdstip van de feiten minstens 16 jaar waren, met nog deze bijzonderheid dat het maximumbedrag ervan 125 (in plaats van 250) euro bedraagt (voorgesteld art. 119*bis*, § 2, laatste lid Nieuwe Gemeentewet en voorgesteld art. 37*bis* Jeugdbeschermingswet). Verder wordt ook hier de ambtshalve toewijzing van een advocaat opgenomen (voorgesteld art. 119*bis*, § 9*bis*) en wordt voor minderjarigen een zgn. "bemiddelingsprocedure", ter vergoeding of herstel van de aangebrachte schade, verplicht (voorgesteld art. 119*ter*). Tegen een beslissing tot het opleggen van een gemeentelijke administratieve sanctie aan een minderjarige kan beroep worden ingesteld, bij kosteloos verzoekschrift, bij de jeugdrechtbank (in plaats van de politierechtbank voor meerderjarigen) (voorgesteld art. 119*bis*, § 12 en voorgesteld art. 36, 5° Jeugdbeschermingswet[25]). Tegen de beslissing van de (politie- of) jeugdrechtbank staat geen hoger beroep open.

---

[23] Wetsontwerp tot wijziging van de nieuwe gemeentewet en Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming [en de nieuwe gemeentewet], *Parl. St.* Kamer 2002-03, nrs. 2366 en 2367.

[24] *Parl. St.* Senaat 2002-03, nrs. 1592 en 1593.

[25] In het voorgestelde art. 36, 5° Jeugdbeschermingswet wordt bepaald dat de jeugdrechtbank kennis neemt van het hoger beroep tegen een beslissing tot het opleggen *of het niet-opleggen* van een administratieve sanctie aan minderjarigen. In het oorspronkelijk ontwerp was de mogelijkheid om ook tegen het niet-opleggen beroep aan te tekenen, door de gemeente in dat geval, in het algemeen opgenomen in het voorgestelde art. 119*bis*, § 12. De Raad van State opperde hiertegen – terecht – een bezwaar, waarop die bepaling werd aangepast en nog enkel de overtreder een beroep kan aantekenen. In art. 36, 5° werd vergeten diezelfde aanpassing aan te brengen…

271. Wij kunnen hier volstaan met de bemerking dat de voorgestelde wijzigingen, wat de toepassing ervan op minderjarigen betreft, ernstige gebreken vertonen en ontoelaatbare gevolgen zouden creëren. Het valt te hopen dat bij de nieuwe bespreking een oplossing wordt gevonden voor onder meer de twee volgende problemen:

– de onduidelijkheid over de toepasselijke procedure voor de jeugdrechtbank. Enerzijds bepaalt het voorgestelde art. 119*bis*, § 12, laatste lid Nieuwe Gemeentewet dat – onverminderd enkele uitdrukkelijke afwijkingen zoals het kosteloos verzoekschrift en de onmogelijkheid van hoger beroep – de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing zijn. Anderzijds wordt de nieuwe bevoegdheid van de jeugdrechtbank opgenomen in art. 36, 5° Jeugdbeschermingswet; deze bepaling is een onderdeel van titel II, hoofdstuk III van deze wet – en daarop is overeenkomstig art. 62 van dezelfde wet de strafrechtelijke procedure van toepassing;
– de onbeperkte substitutiemogelijkheid van de jeugdrechtbank. Ingevolge een opmerking van de Raad van State – die van oordeel was daarmee tegemoet te komen aan de bezwaren van het Arbitragehof in het arrest inzake de Voetbalwet – werd een regeringsamendement goedgekeurd waarbij aan de jeugdrechtbank de mogelijkheid wordt verleend, wanneer bij haar een beroep tegen een administratieve sanctie aanhangig wordt gemaakt, deze sanctie te vervangen door een maatregel van bewaring, behoeding of opvoeding zoals bepaald in art. 37 Jeugdbeschermingswet. Allicht is dit voorstel goed bedoeld, maar het heeft o.i. ongewenste gevolgen. Dit zou de enige procedure zijn waarbij een jeugdbeschermingsmaatregel kan worden opgelegd na een initiatief van de minderjarige zelf. Men kan zich afvragen welke minderjarige het risico zou nemen een beroep in te stellen tegen een al bij al beperkte geldboete, als het daardoor mogelijk wordt dat deze geldboete vervangen zou worden door een veel ingrijpendere maatregel (naast, uiteraard, een minder ingrijpende maatregel als de berisping). Het lijkt ook in te druisen tegen elk proportionaliteitsgevoel – al is dit geen algemeen rechtsbeginsel en geldt dit bezwaar in feite voor het hele jeugdbeschermingsrecht – dat voor dergelijke relatief kleine inbreuken meteen álle jeugdbeschermingsmaatregelen zouden openstaan, tot en met plaatsing in een gesloten opvoedingsafdeling van een gemeenschapsinstelling. Dit klemt des te meer nu tegen die beslissing geen hoger beroep zou openstaan. Een dergelijke regeling maakt o.i. weinig kans om de toets met het niet-discriminatiebeginsel (art. 10-11 Grondwet), het recht op vrijheid en het recht op een eerlijk proces (art. 5-6 E.V.R.M.) te doorstaan.

HOOFDSTUK II.
DE AFSCHAFFING VAN DE MILITAIRE RECHTS-COLLEGES

272. Art. 36 Jeugdbeschermingswet bevat in het eerste lid de vorderingsgrond voor de jeugdrechtbank in zaken van jeugddelinquentie. Het tweede lid bepaalde: "*De bepalingen van dit artikel zijn niet toepasselijk op minderjarigen die op het tijdstip van de feiten de hoedanigheid van militair bezitten.*" Bedoeling van deze uitzondering was de eigenheid van de militaire discipline te respecteren en conflicten met de militaire overheid te vermijden.[26]

Dit tweede lid werd opgeheven door art. 47 van de Wet van 10 april 2003 tot regeling van de rechtspleging voor de militaire rechtscolleges en tot aanpassing van verscheidene wettelijke bepalingen naar aanleiding van de afschaffing van de militaire rechtscolleges in vredestijd.[27]

273. Aan deze opheffing en de gevolgen daarvan werd tijdens de – overigens korte – parlementaire bespreking niet één woord besteed.

In elk geval is, vanaf 1 januari 2004, de jeugdrechtbank *in vredestijd* bevoegd voor minderjarigen die de hoedanigheid van militair bezitten op het ogenblik dat zij een als misdrijf omschreven feit plegen, zoals de gewone strafrechtbanken bevoegd zullen zijn voor de meerderjarige militairen (en in voorkomend geval voor de minderjarige militairen vervolgd voor bepaalde verkeersovertredingen of daarmee samenhangende misdrijven, en voor de minderjarige militairen die door de jeugdrechtbank uit handen zijn gegeven).
In oorlogstijd zijn de zaken minder duidelijk. De bevoegdheid van de militaire rechtscolleges en de rechtscolleges van gemeen recht worden beschreven in de art. 65 tot 79 van de Wet van 10 april 2003 tot regeling van de afschaffing van de militaire rechtscolleges in vredestijd alsmede van het behoud ervan in oorlogstijd.[28] Daarbij zijn evenwel geen bijzondere bepalingen opgenomen ten aanzien van minderjarigen. Er wordt steeds gebruik gemaakt van termen die duidelijk wijzen in de richting van het gemene strafrecht: strafgerechten, strafvordering, misdrijven, strafbare

---

[26] J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht*, in *A.P.R.*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1996, 313-314, nr. 806.
[27] *B.S.* 7 mei 2003. Inwerkingtreding: 1 januari 2004 (K.B. 10 april 2003, *B.S.* 7 mei 2003).
[28] *B.S.* 7 mei 2003. Inwerkingtreding: 1 januari 2004 (K.B. 10 april 2003, *B.S.* 7 mei 2003).

feiten... De regel dat na het einde van de oorlogstijd de zaken die bij de militaire gerechten aanhangig zijn, ambtshalve worden ingeschreven op de algemene rol van de (straf)gerechten van gemeen recht, wordt bovendien enkel geëxpliciteerd voor de politierechtbank, de correctionele rechtbank, het hof van beroep en het hof van assisen. Er is derhalve geen regeling getroffen inzake de bevoegdheid in oorlogstijd voor de als misdrijf omschreven feiten gepleegd door minderjarigen.

De conclusie lijkt dan ook te moeten zijn dat ook in oorlogstijd de jeugdrechtbank deze bevoegdheid behoudt; indien de jeugdrechtbank niet werkzaam is, kan deze bevoegdheid niet worden overgenomen door de militaire gerechten. Zelfs voor de minderjarigen die de hoedanigheid van militair bezitten, voor krijgsgevangenen en voor vreemdelingen is het onzeker of de militaire gerechten bevoegd zijn, aangezien ook bij die bevoegdheidsomschrijving (art. 73-74) sprake is van "strafbaar feit" en "misdrijven".

274. Aan art. 37, § 3, eerste lid Jeugdbeschermingswet werd niet geraakt. Daarin is bepaald dat de jeugdbeschermingsmaatregelen worden geschorst ingeval de betrokkene onder de wapens is.[29] Aangenomen moet dus worden dat deze schorsing, voornamelijk ingegeven door het specifieke toezicht van kracht voor militairen en door de praktisch moeilijke uitvoering van de jeugdbeschermingsmaatregelen tijdens een verblijf in de kazerne, blijft bestaan. Overigens, reeds vóór de opheffing van art. 36, tweede lid was het al zo dat een dergelijke schorsing van toepassing was voor wie de hoedanigheid van militair bezat op het ogenblik van de tenuitvoerlegging van de maatregel, maar niet op het ogenblik van de feiten: art. 36, tweede lid sloot immers alleen de bevoegdheid van de jeugdrechtbank uit voor wie op het ogenblik van de *feiten* de hoedanigheid van militair bezit, niet voor wie die hoedanigheid bezit op het ogenblik van de uitspraak van de jeugdrechtbank.

275. Tot slot moet nog worden opgemerkt dat in de Vlaamse jeugdbijstandsreglementering eveneens is bepaald dat de bevoegdheid van de jeugdrechtbank voor het nemen van afdwingbare pedagogische maatregelen niet van toepassing is indien de betrokken minderjarige de hoedanigheid van militair bezit op het tijdstip dat de zaak bij de jeugdrechtbank aanhangig wordt gemaakt (art. 22, tweede lid Gecoördineerde Decreten inzake bijzondere jeugdbijstand van 4 april 1990). Het Vlaamse Parlement moet overwegen of deze bepaling al dan niet moet worden opgeheven. Deze uitzondering is trouwens – zoals art. 37, § 3, eerste lid Jeugdbescher-

[29] Zie hierover J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht* in *A.P.R.*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1996, 403-404, nrs. 1038-1041.

mingswet – ingeschreven om te voorkomen dat tezelfdertijd twee verschillende regelingen van toepassing zouden zijn[30], en dus omwille van de specifieke werk- en leefsituatie en het statuut van militairen, zodat opheffing niet noodzakelijk voortvloeit uit de afschaffing van de militaire rechtscolleges.

[30] M.v.T., *Parl. St.* Vl. R. 1988-89, nr. 241/1, 18.

HOOFDSTUK III. JEUGDBESCHERMINGSMAATREGELEN NA DE LEEFTIJD VAN 18 JAAR

276. Jeugdbeschermingsmaatregelen zijn op velerlei wijzen aan leeftijdsgrenzen en tijdslimieten gebonden. Er moet rekening worden gehouden met de leeftijd van de minderjarige op het ogenblik van de feiten, diens leeftijd op het ogenblik van de uitspraak van de jeugdrechtbank, de maximale duurtijd van de voorbereidende rechtspleging, de maximale duurtijd van de maatregelen, de absolute leeftijdsgrens tot wanneer de maatregelen kunnen lopen, enz. Het is dan ook niet te verwonderen dat de combinatie van verscheidene van deze factoren leidt tot een complexe situatie, en dat zich daarbij al eens een probleem kan voordoen.

277. Twee van die problemen zijn algemeen bekend bij de practici van het jeugdbeschermingsrecht: de art. 52, vierde lid (en 49, tweede lid) en 37, § 3, tweede lid Jeugdbeschermingswet.[31]

§ 1. VOORLOPIGE MAATREGELEN NA DE LEEFTIJD VAN 18 JAAR

A. Door de jeugdrechter

278. Art. 52, vierde lid Jeugdbeschermingswet bevat een onduidelijke regeling met betrekking tot het opleggen van voorlopige maatregelen aan +18-jarigen. Dit artikel bepaalde het volgende: "*Wanneer bij de jeugdrechtbank de zaak aanhangig is van een persoon die vóór de leeftijd van achttien jaar een als misdrijf gekwalificeerd feit heeft gepleegd, en die deze leeftijd overschreden heeft tijdens de rechtspleging, kan die jeugdrechtbank voorlopige maatregelen opleggen of handhaven die uiterlijk kunnen duren tot de betrokkene de leeftijd van twintig jaar heeft bereikt.*"

In een letterlijke lezing betreft deze mogelijkheid alleen jongeren die 18 jaar worden tijdens de rechtspleging, dus nadat het parket al een initiële

[31] Bepalingen gewijzigd door de Wet van 2 februari 1994, *B.S.* 17 september 1994. Over de problematische toestand voordien, na de verlaging van de leeftijd van burgerlijke meerderjarigheid van 21 tot 18 in 1990, zie J. SMETS, "Perikelen rond artikel 37*bis* van de Jeugdbeschermingswet" (noot onder Gent (Jk.) 29 juni 1990 en Antwerpen (Jk.) 5 februari 1991), *R.W.* 1990-91, 1439-1441.

vordering heeft ingesteld tot het opleggen van voorlopige maatregelen. Bijgevolg zou dit artikel niet kunnen worden toegepast op de jongere die minder dan 18 jaar was op het ogenblik van de feiten, maar die wel 18 is geworden vooraleer het parket de jeugdrechter voor de eerste keer vat met betrekking tot deze zaak.

De wetgever had het, zo blijkt uit de voorbereidende werken, niet zo bedoeld.[32] In de rechtsleer werd op basis van deze duidelijke *ratio legis* de onduidelijke verwoording ervan veelal vergeven. De bepaling werd in die zin uitgelegd dat zij ook van toepassing kan zijn op jongeren die reeds 18 jaar geworden zijn op het ogenblik dat zij voor het eerst voor de jeugdrechter moeten verschijnen.[33]

MAES daarentegen wees op de onvolmaakte formulering en de schijnbare tegenstelling met het tweede lid van art. 52 (dat het enkel heeft over het opleggen van voorlopige maatregelen ten aanzien van minderjarigen) om te concluderen dat art. 52, vierde lid enkel kan worden toegepast ingeval de jeugdrechter reeds gevat was voor de meerderjarigheid, maar de jongere

---

32 Zie bv. de verklaring van senator ARTS (*Hand.* Senaat 1992-93, N.110, 8 juli 1993, 3364): "Om alle misverstanden te vermijden wens ik te onderstrepen dat de woorden "en die leeftijd overschreden heeft tijdens de rechtspleging" ook kunnen slaan op het allereerste moment van de rechtspleging, namelijk het ogenblik waarop het openbaar ministerie een vordering tot het verrichten van navorsingen en het opleggen van voorlopige maatregelen tot de jeugdrechter richt. Het artikel is van toepassing wanneer de jongere op dat moment de meerderjarigheidsleeftijd reeds heeft bereikt. Het gebruik van de voltooid verleden tijd "overschreden heeft" is dus niet zonder belang. Er kan bijgevolg een voorlopige maatregel worden opgelegd in de hypothese dat de minderjarige zeer kort vóór het bereiken van de meerderjarigheid een feit pleegt dat pas na de meerderjarigheid wordt ontdekt. De bepaling heeft dus zowel betrekking op een persoon die reeds meerderjarig is bij de aanvang van de rechtspleging, als op een persoon die tijdens de rechtspleging meerderjarig wordt. Het vervangen in de commissie van de woorden "op het ogenblik van haar uitspraak" door de woorden "tijdens de rechtspleging" is enkel ingegeven vanuit de bekommernis om de handhaving na de meerderjarigheid van voorlopige maatregelen die reeds opgelegd waren vóór het bereiken van de meerderjarigheidsleeftijd, bijvoorbeeld op 17 jaar en 11 maanden, mogelijk te maken."
Zie ook nog M.v.T., *Parl. St.* Kamer B.Z. 1991-92, nr. 532/1, 24; Commissieverslag, *Parl. St.* Kamer B.Z. 1991-92, nr. 532/9, 29.

33 P. RANS en P. CORNELIS, "Le nouveau visage de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse", *Rev. dr. pén.* 1994, 1072; P. RANS, "Les dispositions de droit matériel applicables aux mineurs ayant commis un fait qualifé d'infraction", *Ann. dr. Louvain* 1995, 243; P. SENAEVE, *Compendium van het jeugdbeschermingsrecht*, Leuven, Acco, 1998, 130; J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht*, in *A.P.R.*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1996, 400-402, nrs. 1032-1035; F. TULKENS en T. MOREAU, *Droit de la jeunesse. Aide – Assistance – Protection*, Brussel, Larcier, 2000, 701 en 753.

ondertussen meerderjarig is geworden.[34] Hij werd in deze visie gevolgd door het Hof van Beroep te Gent, dat zich onbevoegd verklaarde *ratione aetatis* in een geval waarbij een jongere reeds 18 geworden was voordat de rechtspleging was gestart, hierbij verduidelijkend dat de rechtspleging bij de jeugdrechtbank begint met de vordering van het openbaar ministerie. De handelingen die aan die vordering voorafgaan, zoals het opmaken van processen-verbaal, maken geen deel uit van de rechtspleging.[35] In zijn bespreking van dit arrest weerlegde SMETS nogmaals deze visie, niet alleen op grond van een analyse van de parlementaire voorbereiding, maar eveneens aan de hand van een teleologische en grondwetsconforme interpretatie.[36]

279. Om deze rechtsonzekerheid weg te werken, werd art. 52, vierde lid vervangen, bij Wet van 6 januari 2003[37], door de volgende bepaling: "*Wanneer bij de jeugdrechtbank de zaak aanhangig is van een persoon die vóór de leeftijd van achttien jaar een als misdrijf omschreven feit heeft gepleegd, kan zij, zelfs indien de vordering van het openbaar ministerie wordt ingesteld nadat deze persoon de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt, voorlopige maatregelen opleggen of handhaven die uiterlijk kunnen duren tot de betrokkene de leeftijd van twintig jaar heeft bereikt.*"

Met deze wijziging zal wel elke discussie uitgesloten zijn over het toepassingsgebied van deze bepaling. Dit was uitdrukkelijk de bedoeling van deze wet.[38] Toch is de nieuwe formulering nog niet perfect. De tussenzin "*zelfs indien de vordering van het openbaar ministerie wordt ingesteld nadat deze persoon de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt*" is op zich eigenlijk overbodig: men had kunnen volstaan met het vermelden – zonder meer – van de mogelijkheid voorlopige maatregelen tot de leeftijd van 20 jaar op te leggen. En omdat de tussenzin nu alleen de hypothese vermeldt van het instellen van de vordering na de leeftijd van 18 jaar, zou men met wat kwade wil kunnen voorhouden dat zij niet de hypothese dekt van het overschrijden van de leeftijd tijdens de rechtspleging – een interpretatie die evenwel wordt tegengesproken door het gebruik van het woordje "zelfs" én door de

---

34 C. MAES, "De voorlopige maatregelen als vierde, onaangekondigde doelstelling van de wet van 2 februari 1994, en de rechten van verdediging" in P. SENAEVE en J. PEETERS (eds.), *De hervorming van het jeugdbeschermingsrecht*, Leuven, Acco, 1994, 88-90, nrs. 130-131.

35 Gent (Jeugdkamer) 7 februari 2000, *T.J.K.* 2000, 182, noot J. SMETS.

36 J. SMETS, "Het opleggen van voorlopige maatregelen na achttien jaar" (noot onder Gent 7 februari 2000), *T.J.K.* 2000, 183-184.

37 Wet 6 januari 2003 tot wijziging van de artikelen 49, tweede lid, en 52, vierde lid, van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, *B.S.* 20 februari 2003, derde uitgave. Inwerkingtreding: geen bepaling (dus 10 dagen na publicatie: 2 maart 2003).

38 Zie M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1557/1, 4-5.

voorbereidende werken, waarin herhaaldelijk op de (beperkte) doelstelling van de wetswijziging wordt gewezen: een louter technische aanpassing, die een antwoord biedt op een "tekstinterpretatieve probleemstelling", in overeenstemming met de wil en de interpretatie die door de wetgever in 1994 aan deze artikelen werd gegeven.[39]

B. Door de onderzoeksrechter

280. Parallel met de aanpassing van art. 52, vierde lid, wordt een wijziging aan art. 49, tweede lid Jeugdbeschermingswet aangebracht. Dit artikel behandelt het – in jeugdbeschermingszaken uitzonderlijke – optreden van de onderzoeksrechter. Het tweede lid voorziet in de mogelijkheid voor de onderzoeksrechter om, in spoedeisende gevallen, voorlopige maatregelen op te leggen, met de bijkomende verplichting daarvan gelijktijdig en schriftelijk bericht te geven aan de jeugdrechtbank. Daarna neemt de jeugdrechter deze bevoegdheid over en doet hij binnen twee werkdagen uitspraak over de voorlopige maatregelen (verlenging, wijziging, stopzetting...).

Het probleem hier was dat de onderzoeksrechter enkel de bevoegdheid kreeg voorlopige maatregelen op te leggen ten aanzien van de persoon "*beneden de achttien jaar*". Een belangrijk deel van de rechtsleer nam echter aan dat dit begrepen moest worden als "*beneden de achttien jaar op het ogenblik van de feiten*", zodat ook voorlopige maatregelen mogelijk waren ten aanzien van de personen die reeds achttien geworden waren op het ogenblik dat zij voor de onderzoeksrechter verschenen.[40] Meer nog dan voor art. 52, vierde lid, waren er hier echter andere stemmen die wezen op de letterlijke bewoordingen van art. 49, tweede lid, zodat enkel voor minder dan 18-jarigen voorlopige maatregelen door de onderzoeksrechter mogelijk geacht werden.[41]

281. Om elke onduidelijkheid tegen te gaan, vervangt de Wet van 6 januari 2003 nu de woorden "*beneden de achttien jaar*" door de woorden "*die vóór de leeftijd van achttien jaar een als misdrijf omschreven feit heeft gepleegd,*

---

[39] M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1557/1, 5; Commissieverslag, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1557/3, 3; Commissieverslag, *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 1223/3, 2.

[40] J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht* in *A.P.R.*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 363, nr. 930; P. RANS en P. CORNELIS, "Le nouveau visage de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse", *Rev. dr. pén.* 1994, 1093, noot 155.

[41] C. MAES, "De voorlopige maatregelen als vierde, onaangekondigde doelstelling van de wet van 2 februari 1994, en de rechten van verdediging" in P. SENAEVE en J. PEETERS (eds.), *De hervorming van het jeugdbeschermingsrecht*, Leuven, Acco, 1994, 90; T. MOREAU, "Les règles de procédure dans la réforme de la loi du 8 avril 1965 sur la protection de la jeunesse", *Ann. Dr. Louvain* 1995, 285, noot 52 ; F. TULKENS en T. MOREAU, *Droit de la jeunesse. Aide – Assistance – Protection*, Brussel, Larcier, 2000, 808, noot 393.

zelfs indien de vordering van het openbaar ministerie wordt ingesteld nadat deze persoon de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt".[42] Zo wordt deze zinsnede in art. 49, tweede lid volledig gelijkluidend met die in art. 52, vierde lid Jeugdbeschermingswet.

282. Het valt te betreuren dat niet tegelijk een andere onduidelijkheid van art. 49, tweede lid werd weggewerkt. Er wordt daar enkel verwezen naar de "in art. 52 bedoelde maatregelen van bewaring", waardoor enige discussie is gerezen omtrent de vraag of ook de onderzoeksrechter de in art. 52*quater* bedoelde maatregel kan opleggen, met name plaatsing in een gesloten opvoedingsafdeling van een gemeenschapsinstelling. Aangenomen wordt dat dit wel degelijk kan, omdat art. 52, dat de mogelijke voorlopige maatregelen aangeeft, mede verwijst naar art. 37, § 2, 4°, waarin de maatregel van plaatsing in een gemeenschapsinstelling vermeld staat – zij het dat daar de plaatsing in het algemeen wordt bedoeld, en niet de plaatsing in een gesloten afdeling van een dergelijke instelling. De jeugdrechtbank moet in zijn beslissing wel aangeven of het al dan niet gaat om een plaatsing in een gesloten opvoedingsafdeling.[43]

§ 2. MAATREGELEN TEN GRONDE NA DE LEEFTIJD VAN 18 JAAR

283. Een tweede lacune betreft art. 37, § 3, tweede lid Jeugdbeschermingswet. Deze bepaling regelt de mogelijkheden om nog na de leeftijd van 18 jaar een maatregel ten gronde op te leggen of te verlengen. Wat de situatie betreft waarin voordien nog geen maatregel was genomen (waar dus niet de verlenging van een bestaande maatregel aan de orde is), wordt bepaald dat het slechts mogelijk is bij vonnis een maatregel voor bepaalde duur te bevelen onder twee cumulatieve voorwaarden:

1° de maatregelen mogen uiterlijk lopen tot de dag waarop de betrokkene de leeftijd van twintig jaar heeft bereikt;
2° het moet gaan om personen die *na de leeftijd van zeventien jaar* een als misdrijf gekwalificeerd feit hebben gepleegd.

---

[42] Het is niet duidelijk waarom niet ook in het derde lid dezelfde woorden werden vervangen. Dit lid gaat over het nemen, door de onderzoeksrechter op vordering van het parket, van een beschikking tot verwijzing naar de jeugdrechtbank na beëindiging van het onderzoek. Deze beschikking wordt genomen nadat "de persoon beneden de achttien jaar" inzage heeft kunnen nemen in het dossier.

[43] P. SENAEVE, *Compendium van het jeugdbeschermingsrecht*, Leuven, Acco, 1998, 122; J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht* in *A.P.R.*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 352, nr. 902.

De laatste voorwaarde legt een ernstige lacune bloot: ingeval een jongere (net) vóór zijn 17de verjaardag een ernstig feit heeft gepleegd en dit feit of zijn daderschap wordt maar ontdekt nadat hij reeds 18 jaar is geworden, biedt de wet geen mogelijkheid om nog een maatregel *ten gronde* op te leggen (behalve de berisping). Het is dan wel mogelijk navorsingen en voorlopige maatregelen op te leggen. Dit zal zijn nut hebben om bijvoorbeeld na te gaan of moet worden overgegaan tot uithandengeving overeenkomstig art. 38 Jeugdbeschermingswet, een mogelijkheid die steeds bestaat, ongeacht de leeftijd van de betrokkene op het ogenblik van de uitspraak van de jeugdrechtbank.[44]

284. Deze lacune wordt door de wetswijziging van 6 januari 2003, vreemd genoeg, niet opgelost. De lacune was algemeen bekend, er waren weinig of geen bezwaren om deze weg te werken en wetgevingstechnisch zou dat slechts kinderspel geweest zijn. De werkelijke reden om art. 37, § 3, tweede lid niet aan te passen is daarom louter politiek: de bevoegde minister wenste een grondige hervorming van het jeugdbeschermingsrecht en wou niet dat, door een aanpak van de gekende technische problemen van de huidige Jeugdbeschermingswet, de druk van de ketel zou worden weggenomen om snel tot een dergelijke hervorming over te gaan. Nu die hervorming er (voorlopig?) niet is gekomen[45], blijft evenwel het zo-even besproken probleem nog voor onbepaalde tijd bestaan. Ook de oneigenlijke gevolgen daarvan zijn bijgevolg niet van de baan, met name de druk om in dergelijke situaties tot uithandengeving over te gaan of om de voorlopige maatregelen "sanctionerend" in te zetten.

§ 3. OVERLEG MET DE GEMEENSCHAPPEN

285. De totstandkoming van de Wet van 6 januari 2003 werd gekenmerkt door het feit dat inhoudelijk eigenlijk niemand bezwaar had tegen de wijziging, maar dat de discussie andere zaken betrof: op politiek vlak de al dan niet invoering van nieuwe wetgeving betreffende de aanpak van jeugddelinquentie en op juridisch vlak de vereiste van voorafgaand overleg tussen de federale staat en de Gemeenschappen.

---

44 J. PUT, *Compendium van het jeugdbeschermingsrecht*, Leuven, Acco, 2002, 233.

45 De parlementaire voorbereiding van wat de Wet van 6 januari 2003 is geworden, werd door de oppositie trouwens aangegrepen om de ontwerptekst die door Christian MAES als expert op het kabinet van de minister van Justitie werd voorbereid ter hervorming van het jeugdbeschermingsrecht, maar waarover geen politiek akkoord kon worden bereikt, volledig als amendement in te dienen (zie *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1557/2 en *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 1223/2, 3-74).

Toen de Raad van State een eerste maal om advies werd gevraagd over het wetsontwerp van de minister van Justitie, verklaarde deze de adviesaanvraag "voorbarig".[46] De Raad stelde wel eerst vast dat de materie inhoudelijk behoorde tot de bevoegdheid van de federale wetgever. Deze heeft immers de bevoegdheid tot de "opgave" van de maatregelen die kunnen worden genomen ten aanzien van minderjarige personen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd, waarbij de duur van die maatregelen een element is van de inhoudelijke omschrijving.[47] Vervolgens wees de Raad evenwel op het bestaan van een overlegverplichting tussen de federale overheid en de gemeenschapsregeringen, opgenomen in art. 6, § 3*bis*, 4° Bijzondere Wet Hervorming Instellingen.[48]

Het verplichte overleg vond vervolgens plaats en het ontwerp werd opnieuw voorgelegd aan de Raad van State, maar die was ditmaal van oordeel dat het overleg niet naar behoren was verlopen, om twee redenen.[49] Het ontwerp was weliswaar voorgelegd aan de Gemeenschappen, maar hierop heeft geen werkelijk inhoudelijk overleg plaatsgevonden. Er waren opmerkingen geformuleerd door de Vlaamse regering en de Franse Gemeenschapsregering, maar de minister van Justitie heeft daarop niet van gedachten gewisseld over deze opmerkingen. Nochtans is de overlegverplichting niet louter formeel, maar impliceert deze een werkelijke dialoog. Het overleg heeft tot doel de overheid die de beslissingsmacht heeft, te verplichten rekening te houden met de opvatting van de andere overheden, zonder dat evenwel de beslissende overheid haar vrijheid van handelen verliest. Een tweede tekortkoming was dat het overleg met de Duitstalige Gemeenschap en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie verlopen was via een regeringslid resp. een kabinetschef, terwijl de Regering van de Duitstalige Gemeenschap en het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie zich hadden moeten uitspreken over het ontwerp. Pas nadat de minister van Justitie ook deze twee bezwaren had beantwoord, en onder andere uitlegde waarom niet werd ingegaan op inhoudelijke opmerkingen die verder gingen dan de voorgestelde wijzigingen die louter verduidelijkend van aard zijn, gaf de Raad een derde advies.[50] En ook dan werden nog wat stekelige opmerkingen geformuleerd,

---

46 Advies nr. 30.351/2/V van 19 juli 2000, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1557/1, 10-12.

47 Met verwijzing naar Arbitragehof nr. 2/92, 15 januari 1992, *B.S.* 28 februari 1992, *J. dr. jeun.* 1992, afl. 114, 27 en *T.B.P.* 1992, 505.

48 Er was enigszins sprake van recidive aan de zijde van de federale overheid, aangezien in het zo-even genoemde arrest 2/92 van het Arbitragehof een bepaling precies werd vernietigd omwille van de ontstentenis van voorafgaand overleg.

49 Advies nr. 31.018/2 van 4 januari 2001, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1557/1, 14-16.

50 Advies nr. 31.974/2/V van 22 augustus 2001, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1557/1, 17-18.

over de geringe kwaliteit van de Nederlandse tekst van het ontwerp en over het feit dat het ontwerp een bicamerale aangelegenheid betrof (dus art. 77 in plaats van 78 Grondwet).

HOOFDSTUK IV.
VOORLOPIGE DETENTIE: DE "EVERBERG-WET"[51]

§ 1. ONTSTAANSGESCHIEDENIS

286. Tot 31 december 2001 liet art. 53 Jeugdbeschermingswet de jeugdrechter toe om in het raam van de voorlopige maatregelen, indien het feitelijk onmogelijk was om een particulier of een instelling te vinden die de minderjarige dadelijk kon opnemen, en aldus de "gewone" voorlopige maatregelen van jeugdbescherming niet ten uitvoer gelegd konden worden, een minderjarige voorlopig in een "huis van arrest"[52] te doen opnemen, voor niet langer dan vijftien dagen. De jongere moest in het huis van arrest worden afgezonderd van de aldaar gedetineerde volwassenen.

De plaatsing in een huis van arrest gebeurde op een ogenblik waarop nog niet vaststond dat de feiten van jeugddelinquentie werden gepleegd, en derhalve het vermoeden van onschuld nog speelde. De maatregel kon derhalve niet worden aangewend op grond alleen van het zeer ernstige karakter van de vermoedelijk gepleegde feiten (doodslag, geweld, verkrachting) teneinde de minderjarige te laten "nadenken" over zijn gedrag[53] of omdat hij een extreem gevaar vormt voor de samenleving.[54]

287. In 1988 werd België veroordeeld door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens voor het oneigenlijke gebruik dat in een aantal gevallen werd gemaakt van de mogelijkheid van voorlopige plaatsing in de gevangenis, zonder enig aansluitend educatief programma (en voor een aantal gebreken inzake de rechtswaarborgen).

---

51 Zie ook J. CHRISTIAENS en E. DUMORTIER, "Wanneer de nood hoog is, is de gevangenis nabij: over de afschaffing van art. 53 en de invoering van de jeugdgevangenis", *T.J.K.* 2002, 53-57; A. DE TERWANGNE, "Placement provisoire de mineurs ayant commis un fait qualifié infraction", *J. dr. jeun.* 2002, afl. 214, 38-46; C. VANDRESSE, "Principes et pratiques du placement provisoire des mineurs dans le Centre fédéral d'Everberg", *J. dr. jeun.* 2003, afl. 222, 3-9; C. VANDRESSE, "Everberg : chronique de jurisprudence", *J. dr. jeun.* 2003, afl. 222, 10-13.

52 Een huis van arrest is een strafinrichting die in beginsel alleen gebruikt wordt in het kader van voorlopige preventieve maatregelen, i.t.t. de inrichtingen voor strafuitvoering.

53 Brussel (Jk.) 10 september 1996, *J. dr. jeun.* 1996, 394, waarbij een beschikking van Jeugdrb. Brussel 1 september 1996, *J. dr. jeun.* 1996, 395, hervormd wordt. Zie nochtans beschikking Jeugdrb. Brussel 9 november 2000, *J. dr. jeun.* 2000, afl. 200, 34.

54 Zie nochtans beschikking Jeugdrb. Bergen 22 juni 1996, *J. dr. jeun.* 1996, 395, die de plaatsing in een huis van arrest beveelt omwille van het extreme gevaar van een minderjarige die zich schuldig heeft gemaakt aan verkrachting van een vierjarig kind.

Het Hof oordeelde dat de opsluiting van een minderjarige in een gevangenis niet noodzakelijk strijdig is met art. 5.1, d) E.V.R.M., zelfs niet als de opsluiting niet van aard is als dusdanig in te grijpen in zijn opvoeding. Deze bepaling verhindert niet het opleggen van een voorlopige maatregel van opsluiting die dient als een voorafgaande maatregel ten aanzien van een regime van "opvoeding onder toezicht", zonder dat deze voorafgaande opsluiting zelf reeds van aard is om in te grijpen in de opvoeding van de jongere. Maar in zo'n geval is dan wel vereist dat de voorlopige opsluiting op korte termijn uitmondt in de daadwerkelijke toepassing van een regime van opvoeding onder toezicht in een gespecialiseerd midden dat over voldoende middelen beschikt om deze doelstelling waar te maken.[55]

288. Tengevolge van de veroordeling van België gingen er in het federale parlement verscheidene stemmen op om art. 53 Jeugdbeschermingswet eenvoudigweg op te heffen. De federale regering weigerde echter om in te stemmen met de onmiddellijke opheffing van deze bepaling, omdat er in de Franse Gemeenschap in België onvoldoende opvanginstellingen met een gesloten afdeling bestaan. Wél werd door de Wet van 2 februari 1994 in de opheffing van deze bepaling voorzien "*op een bij in Ministerraad overlegd koninklijk besluit te bepalen datum*" (art. 53*bis* Jeugdbeschermingswet). Zulk besluit is er nooit gekomen. Tegelijk werd aan de mogelijkheid van voorlopige opsluiting van een minderjarige in een strafinrichting door de Wet van 2 februari 1994 een aantal beperkingen aangebracht, die het oneigenlijke gebruik van die maatregel moesten afremmen[56]:

- de jongere moet op het ogenblik dat hij de strafbare feiten pleegde, de leeftijd van *14 jaar* bereikt hebben;
- de plaatsing kan alleen nog bevolen worden ten aanzien van jongeren die ervan verdacht worden ernstige strafbare feiten te hebben gepleegd, in de wet omschreven als feiten strafbaar met een correctionele gevangenisstraf van een jaar of met een zwaardere straf;
- dergelijke plaatsing kan slechts eenmaal bevolen worden uit hoofde van dezelfde feiten.

Dezelfde wet heeft trouwens de volledige procedure van de voorlopige maatregelen herzien, met inschrijving van een aantal proceswaarborgen die tot dan afwezig waren.

---

55 EHRM 29 februari 1988, Bouamar t/ België, *Serie A*, nr. 129, §§ 41-53 (ook gepubliceerd in *J.L.M.B.* 1988, 457).

56 Voor een kritische analyse van de praktijk, zie B. VAN KEIRSBILCK, "Du pain sur la planche pour les avocats. Analyse de l'application récente de l'article 53 de la loi sur la Protection de la jeunesse", *J. dr. jeun.* 1996, 365-370.

289. Door de Wet van 4 mei 1999[57] werden dan de art. 53 en 53*bis* opgeheven. Ook hier moest de datum van inwerkingtreding door de Koning worden bepaald, maar er werd aan toegevoegd dat dit uiterlijk op 1 januari 2002 het geval zou zijn. Zoals te verwachten was, is er geen koninklijk besluit gekomen dat een vroegere datum dan deze laatste heeft bepaald, zodat vanaf 1 januari 2002 de voorlopige maatregel van plaatsing in een huis van arrest opgeheven is.

290. Twee jaar parlementaire bespreking en tweeëneenhalf jaar overgangsfase volstonden klaarblijkelijk niet om op de diverse bevoegde niveaus adequate oplossingen uit te werken voor de te verwachten problemen die zouden rijzen op het gebied van de hoogdringende maatregelen ten aanzien van jongeren die ernstige feiten hebben gepleegd. De maatregelen die de Gemeenschappen hadden genomen om de gevolgen van de afschaffing van art. 53 op te vangen (in Vlaanderen: een uitbreiding van het aantal gesloten plaatsen en de instelling van een buffercapaciteit in de gemeenschapsinstellingen), bleken onvoldoende. Na enkele ophefmakende vrijlatingen en alarmsignalen vanwege de jeugdrechters, heeft de federale regering met een nooit geziene snelheid een alternatief uitgebouwd door de oprichting van een federaal detentiecentrum.

291. De Wet van 1 maart 2002[58], die op slechts twee dagen tijd door beide kamers van het federale parlement werd besproken en goedgekeurd, bepaalt dat jongens (dus geen meisjes!) voor een duur van maximum twee maanden en vijf dagen kunnen worden toevertrouwd aan een "*Centrum voor voorlopige plaatsing van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd*". Dit Centrum werd opgericht te Everberg (tussen Brussel en Leuven)[59]; vandaar dat de Wet van 1 maart 2002 in de praktijk de "Everbergwet" genoemd wordt. Verder noemen we deze maatregel "voorlopige detentie", om hem te onderscheiden zowel van andere plaatsingen die als voorlopige maatregel kunnen worden opgelegd door de jeugdrechter (bv. in een private voorziening of in een open of gesloten afdeling van een gemeenschapsinstelling), als van de voorlopige hechtenis van toepassing in het gewone strafrecht.

---

57 *B.S.* 2 juni 1999.

58 Wet 1 maart 2002 betreffende de voorlopige plaatsing van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd, *B.S.* 1 maart 2002 (derde uitgave).

59 K.B. 1 maart 2002 tot oprichting van een Centrum voor voorlopige plaatsing van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd, *B.S.* 1 maart 2002 (derde uitgave).

§ 2. BEVOEGDHEIDSPROBLEMEN

292. Deze voorlopige detentie wordt een "voorlopige maatregel van maatschappelijke beveiliging" genoemd (art. 2 Wet 1 maart 2002). Die kwalificatie is niet zonder belang voor het vaststellen van de bevoegdheid van de federale staat.

Kort vóór de uitwerking van de Wet van 1 maart 2002 had de Raad van State een advies uitgebracht over een aantal voorstellen en amendementen die in de Kamer van Volksvertegenwoordigers waren ingediend.[60] De Raad bespreekt daarin de bevoegdheidsverdeling inzake jeugdbescherming, met verwijzing naar de rechtspraak van het Arbitragehof inzake de essentiële finaliteit van hulp- en dienstverlening van de jeugdbeschermingsmaatregelen, ook ingeval ze van dwingende aard zijn. Deze aard moet op een substantiële wijze aanwezig zijn, ook al wordt in zekere mate rekening gehouden met de zorg om de openbare veiligheid te vrijwaren. Dan volgt een cruciale passage: *"Uit wat voorafgaat mag evenwel niet worden afgeleid dat de federale overheid niet bevoegd zou zijn om de maatschappelijke reactie op jeugddelinquentie op een andere wijze op te vatten dan door te voorzien in jeugdbeschermingsmaatregelen, met name door het instellen van een systeem van een jeugdsanctierecht of van op herstel gerichte maatregelen. De federale wetgever treedt alsdan evenwel niet meer op krachtens de hem (…) verleende bevoegdheid inzake de opgave van de maatregelen die kunnen worden genomen ten aanzien van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd (…), maar op grond van de residuaire bevoegdheid die hem toekomt tot zolang art. 35 van de Grondwet niet in werking is getreden."*[61] Dus: als de maatregel niet essentieel hulpverlenend van aard is, maar maatschappijbeveiligend, staan we niet voor een materie van jeugdbescherming waarvoor de Gemeenschappen bevoegd zijn, maar voor een niet toegewezen bevoegdheid waarvoor de federale Staat bevoegd is. Dergelijke maatregelen, zo vervolgt de Raad van State nog, mogen daarom ook niet worden uitgevoerd in of begeleid door voorzieningen die vallen onder de bevoegdheid van de Gemeenschappen, maar in federale voorzieningen. De overlegverplichting tussen federale staat en Gemeenschappen (art. 6, § 3*bis*, 4° Bijzondere Wet Hervorming Instellingen) is evenmin van toepassing.

293. De federale wetgever heeft zich duidelijk gesteund op dit advies van de Raad van State om eenzijdig (d.w.z. zonder overleg met de Gemeen-

---

60 Advies R.v.St. nr. 32.467/VR van 22 november 2001 over een Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 942/4.

61 Advies R.v.St. nr. 32.467/VR van 22 november 2001, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 942/4, 5-6.

schappen) de Everberg-wet goed te keuren en om van het Centrum te Everberg een federale instelling te maken.[62] Nochtans moet nog rekening worden gehouden met twee andere overwegingen.

294. Vooreerst blijkt uit het Bouamar-arrest dat een voorlopige opsluiting niet strijdig is met art. 5, lid 1, d) E.V.R.M. indien deze ofwel zelf reeds ingrijpt in de opvoeding van de jongere, dan wel op korte termijn uitmondt in de daadwerkelijke toepassing van een regime van opvoeding onder toezicht in een daartoe geschikt midden. Opdat de voorlopige detentie zou stroken met deze rechtspraak, was het nodig een regeling uit te werken die betrekking heeft op de opvoeding van de jongere. In de Wet van 1 maart 2002 en vooral in het Samenwerkingsakkoord (zie nrs. 309-310) is ervoor gekozen de Gemeenschappen binnen het federale Centrum de taak van pedagogische omkadering van de jongere toe te wijzen. Dit houdt onder meer in dat de Gemeenschappen instaan voor het onthaal van en het verstrekken van informatie aan de jongere, diens pedagogische, sociale en psychologische omkadering en het opstellen van oriëntatieverslagen met het oog op verdere beslissingen te nemen door parket en jeugdrechter en met het oog op de oriëntatie van de jongeren naar de gewone hulpverlening door de voorzieningen uit de jeugdbijstand (art. 8 Samenwerkingsakkoord).

Het feit dat er tijdens de voorlopige detentie een beperkte pedagogische ondersteuning aanwezig is en de aansluitende hulpverlening wordt voorbereid, zijn elementen die kunnen worden ingeroepen om de verenigbaarheid van de maatregel met art. 5 E.V.R.M. te ondersteunen.

295. Vervolgens spreekt de Raad van State in zijn advies over een federale bevoegdheid voor een *jeugdsanctierecht* (en herstelmaatregelen). Kan de voorlopige detentie zoals uitgewerkt in de Wet van 1 maart 2002 onder die noemer worden gebracht?

De argumenten vóór zijn de duidelijke kwalificatie van de maatregel als "maatschappelijk beveiligend" en de toepassingsvoorwaarde dat er dringende, ernstige en uitzonderlijke omstandigheden moeten bestaan die betrekking hebben op de vereisten van bescherming van de openbare veiligheid (zie nr. 296, 4°).

Andere argumenten wijzen echter in de tegenovergestelde richting. De uitwerking van de maatregel ruimt duidelijk een plaats in voor pedago-

[62] Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1640/1, 4.

gische omkadering (zie nr. 310), waardoor de maatregel minstens *mede* van hulpverlenende aard is. Bovendien betreft het een voorlopige maatregel[63] binnen een wetgevend systeem dat voor het overige nog steeds op de beschermingsgedachte is gestoeld.[64] Als voorlopige maatregel mag hij geen sanctionerend karakter hebben, aangezien in deze procesfase het vermoeden van onschuld nog ten volle moet spelen. Bovendien zal de maatregel binnen afzienbare tijd (2 maanden) uitmonden in een klassieke voorlopige jeugdbeschermingsmaatregel en nadien in een berechting ten gronde door de jeugdrechtbank (die – pas – op dat moment een keuze zal maken tussen het opleggen van een klassieke jeugdbeschermingsmaatregel of uithandengeving). En tot slot is deze maatregel een soort van laatste alternatief voor de gewone voorlopige maatregelen die binnen de jeugdbescherming bestaan: slechts als deze onuitvoerbaar zijn wegens plaatsgebrek is de voorlopige detentie mogelijk. Zeggen dat (alleen) deze maatregel essentieel gericht is op de beveiliging van de maatschappij, maar aan de andere kant zo mogelijk de voorkeur geven aan de gewone voorlopige jeugdbeschermingsmaatregelen, is toegeven ofwel dat ook die andere maatregelen maatschappijbeveiliging beogen of teweegbrengen[65], ofwel dat de voorlopige detentie inhoudelijk vergelijkbaar is met de andere voorlopige maatregelen.

In hun geheel genomen nuanceren deze overwegingen minstens het loutere beveiligingskarakter van de voorlopige detentie, hetgeen mogelij-

---

63 De redenering van de Raad van State betreft "*het instellen van een systeem van jeugdsanctierecht*", hetgeen nog iets anders is dan, zoals nu gebeurd is, het instellen van één voorlopige beveiligingsmaatregel binnen een systeem van jeugdbescherming. Weliswaar past de Raad zelf later in zijn advies (p. 11, nr. 11.1) zijn redenering ook, zonder veel uitleg, toe op een amendement dat een systeem van voorlopige hechtenis voor minderjarige delinquenten organiseert. Deze toepassing had o.i. een verdere toelichting moeten krijgen.

64 Vgl. Advies van het Kinderrechtencommissariaat over het Samenwerkingsakkoord 'Everberg", *Parl. St.* Vl. Parl. 2001-02, nr. 1224/2, 13-14, waarin de visie van de Raad van State m.b.t. de residuaire bevoegdheid wordt betwist door te wijzen op de tekst van art. 5, § 1, II, 6°, d) Bijzondere Wet Hervorming Instellingen: deze heeft het over de opgave van de maatregelen die kunnen worden genomen ten aanzien van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd, wat er volgens het Kinderrechtencommissariaat op wijst dat deze maatregelen vallen onder de jeugdbescherming (en dat de federale overheid niet bevoegd is voor de infrastructuur). O.i. moet evenwel toch eerst worden uitgemaakt of een bepaalde maatregel wel onder de algemene noemer "jeugdbescherming" valt, vooraleer toepassing te maken van de aangehaalde bepaling.

65 Treffend in dit verband zijn bv. de voorwaarden die worden opgelegd voor een (verlenging van) voorlopige plaatsing in een gesloten opvoedingsafdeling in een openbare instelling (art. 52*quater*, tweede en vierde lid Jeugdbeschermingswet), of voor het gebruik van de buffercapaciteit aldaar (art. 2, tweede lid, 3° M.B. 3 maart 2003 tot regeling van het gebruik van de buffercapaciteit in de Gemeenschapsinstellingen voor Bijzondere Jeugdbijstand "*De Kempen*" en "*De Zande*", *B.S.* 27 maart 2003), die alle spreken over openbare veiligheid of gevaarlijkheid van de jongere.

kerwijze ook de federale bevoegdheid in vraag stelt, niet om de voorlopige maatregel op zich op te geven (hiervoor kan worden gesteund op art. 5, § 1, II, 6°, d) Bijzondere Wet Hervorming Instellingen), maar wel om de uitvoering ervan in een federale instelling te laten plaatsvinden.[66]

§ 3. VOORWAARDEN

296. De maatregel van voorlopige detentie kan bevolen worden, naargelang van het geval, door de jeugdrechter of door de onderzoeksrechter. Er gelden enkele cumulatieve voorwaarden, die in de beschikking van de rechter omstandig moeten worden beschreven (art. 3):

1° de jongere is minstens 14 jaar op het ogenblik van het plegen van het feit;
2° er bestaan voldoende ernstige aanwijzingen van schuld;
3° het gaat om vrij ernstige feiten waarop voor meerderjarigen zware straffen staan:
   – opsluiting van vijf tot tien jaar of een zwaardere straf; of
   – een correctionele hoofdgevangenisstraf van een jaar of een zwaardere straf, ingeval de jeugdrechtbank tegenover de betrokkene voorheen reeds een definitieve[67] maatregel heeft genomen als gevolg van een als misdrijf omschreven feit dat strafbaar is met dezelfde straf;
4° er bestaan dringende, ernstige en uitzonderlijke omstandigheden die betrekking hebben op de vereisten van bescherming van de openbare veiligheid;[68]

---

66 Tegen de Wet van 1 maart 2002 werd een vordering tot schorsing en een vordering tot nietigverklaring ingediend bij het Arbitragehof. De vordering tot schorsing werd inmiddels verworpen, op grond van het feit dat er geen "moeilijk te herstellen ernstig nadeel" bestaat voor de verzoekende partijen (Liga voor Mensenrechten, Ligue des Droits en Défense des Enfants-International-Belgique): het nadeel dat zij ondervinden, is een louter moreel nadeel dat voortvloeit uit de aanneming van wetsbepalingen die de beginselen raken waarvan de verdediging hun maatschappelijk doel vormt. Dat nadeel is niet moeilijk te herstellen, vermits het met de vernietiging van de bestreden bepalingen zou verdwijnen (Arbitragehof nr. 167/2002, 13 november 2002, *B.S.* 28 februari 2003, derde uitgave, 9902, *J.L.M.B.* 2002, 1848 en *T.J.K.* 2003, 31).

67 Volgens de toelichting bij het wetsvoorstel (bij art. 3) wordt hiermee élke maatregel bedoeld die definitief is geworden (bv. bij gebreke aan hoger beroep), dus zowel de voorlopige maatregelen bij beschikking als de maatregelen ten gronde bij vonnis (Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1640/1, 6). Als dat de bedoeling was, had de wetgever de terminologie toch wel mogen verduidelijken.

68 Men mag aannemen dat de slechte hygiënische toestand van de betrokkene (zie Jeugdrb. Luik 3 december 2002, *J. dr. jeun.* 2003, afl. 222, 45) een onvoldoende motivering vormt om te spreken van een gevaar voor de openbare veiligheid…

5° de voorlopige maatregel van opname in een gewone instelling of in een gemeenschapsinstelling (inclusief de gesloten opvoedingsafdeling hiervan) is onmogelijk bij gebrek aan plaats.[69]
In de praktijk blijkt dat de vaststelling van het plaatsgebrek moeilijk verloopt, waarbij het met name onduidelijk is welke rol en bevoegdheden de (Gemeenschaps)instellingen en de jeugdrechters hebben.[70] Zo rijst de vraag of men al dan niet rekening moet houden met "reservaties" van plaatsen.

Deze voorwaarden zijn niet enkel van toepassing voor initiële beschikkingen, maar ook op handhavingen of herzieningen van dergelijke beschikkingen.[71]

297. Uit art. 2 blijkt nog dat het om een *voorlopige maatregel* gaat, hetgeen wil zeggen dat deze enkel kan worden opgelegd bij beschikking tijdens het voorbereidende stadium van de procedure voor de jeugdrechtbank, en niet bijvoorbeeld als herziening van een eerdere maatregel ten gronde uitgesproken bij vonnis.[72]

298. Het Hof van Beroep te Luik heeft overwogen dat de Wet van 1 maart 2002 afwijkt van de beginselen die ten grondslag liggen aan de Jeugdbeschermingswet en daarom strikt moet worden geïnterpreteerd. Uit de combinatie van de tweede en vijfde voorwaarde (schuldaanwijzingen en plaatsgebrek in andere instellingen), leidt het Hof af dat de voorlopige detentie niet mag worden bevolen indien er voordien voor dezelfde feiten al een andere plaatsingsmaatregel was bevolen[73], indien deze maatregel reeds werd uitgevoerd[74] en zelfs indien deze niet werd uitgevoerd omwille van plaatsgebrek[75]. Daarbij komt nog dat de rechter onderworpen is aan

---

69 Zie ook de prejudiciële vraag aan het Arbitragehof van het Hof van Beroep te Luik bij arrest van 16 mei 2003, over de mogelijke discriminatie als gevolg van het feit dat minderjarigen ouder dan 14 jaar die voor als misdrijf omschreven feiten worden vervolgd, onderworpen zijn aan verschillende plaatsingsregelingen naargelang er al dan niet plaatsen beschikbaar zijn in een geschikte inrichting (bericht in *B.S.* 16 juli 2003).

70 Zie o.m. Jeugdrb. Brussel 13 september 2002, *J. dr. jeun.* 2003, afl. 222, 41; Jeugdrb. Brussel 24 september 2002, *J. dr. jeun.* 2003, afl. 222, 42. Zie hierover C. VANDRESSE, "Principes et pratiques du placement provisoire des mineurs dans le Centre fédéral d'Everberg", *J. dr. jeun.* 2003, afl. 222, 6-7.

71 Luik (Jk.) 24 maart 2003, *J. dr. jeun.* 2003, afl. 224, 59, noot B. VAN KEIRSBILCK.

72 Gent (Jk.) 27 mei 2002, *R.W.* 2002-03, 437.

73 Zie ook: Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1640/1, 6: wie een gemeenschapsinstelling ontvlucht en geen nieuw misdrijf pleegt, komt niet voor plaatsing in het Centrum in aanmerking. Zie evenwel Luik (Jk.) 22 november 2002, *J. dr. jeun.* 2002, afl. 222, 44.

74 Luik (Jk.) 24 maart 2003, *J. dr. jeun.* 2003, afl. 224, 59, noot B. VAN KEIRSBILCK.

75 Luik (Jk.) 8 mei 2003, *J. dr. jeun.* 2003, afl. 226, 44, noot B. VAN KEIRSBILCK.

een bijzondere motiveringsplicht (zoals blijkt uit het begin van art. 3: omstandige beschrijving van de voorwaarden). Ook bij een handhaving van voorlopige detentie moet daarom worden aangetoond dat de dringende, ernstige en uitzonderlijke omstandigheden m.b.t. de openbare veiligheid nog steeds aanwezig zijn; een loutere verwijzing naar een PV of een rapport volstaan daartoe niet.[76]

299. De maatregel mag enkel voor een zo kort mogelijke duur worden genomen en slechts voorzover de finaliteit ervan op geen andere manier kan worden bereikt (art. 4, eerste lid). Samen met de hierboven onder 4° en 5° aangegeven voorwaarde blijkt hieruit dat deze maatregel slechts uitzonderlijk mag worden genomen, indien op geen andere manier een voorlopige maatregel voor de betrokken jongere mogelijk is, terwijl het "vrijlaten" een ernstig gevaar voor de openbare veiligheid zou opleveren. Bovendien moet de maatregel op grond van art. 4, eerste lid worden herzien zodra er plaats vrijkomt in een andere geschikte instelling.[77]

300. De maatregel mag niet worden genomen met het oog op de onmiddellijke bestraffing, noch met het oog op de uitoefening van enige vorm van dwang (art. 4, tweede lid).

301. In het belang van het onderzoek kan de betrokkene het vrij verkeer worden verboden met bepaalde personen, de raadsman uitgezonderd, voor maximum drie kalenderdagen. De rechter kan anderzijds de uitvoeringswijze van de plaatsing specificeren, zoals een toelating het Centrum te verlaten of contact te hebben met derden (art. 6).

302. De maatregel kan gedurende een maximale termijn van twee maanden en vijf dagen worden genomen (art. 5, § 1, eerste lid): een initiële termijn van vijf dagen en handhaving gedurende hoogstens twee maanden. Ingeval in de loop van deze termijn wordt besloten tot plaatsing in de gesloten opvoedingsafdeling van een gemeenschapsinstelling, wordt de

---

76 Luik (Jk.) 24 maart 2003, *J. dr. jeun.* 2003, afl. 224, 59, noot B. VAN KEIRSBILCK.

77 Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1640/1, 4.
In de praktijk zal dit vooral het geval zijn indien er plaats vrijkomt in een gesloten afdeling van een gemeenschapsinstelling. Dit kan aanleiding geven tot een vicieuze cirkel indien er onvoldoende gesloten plaatsen zijn in die gemeenschapsinstellingen: de vrijgekomen plaatsen in de gemeenschapsinstellingen moeten in eerste instantie worden opgevuld door jongeren die in Everberg geplaatst zijn, waardoor deze instellingen weinig of geen plaats meer hebben voor andere jongeren, zodat dezen (eerst) in Everberg moeten worden geplaatst in afwachting dat er opnieuw een plaats vrijkomt, etc. (A. DE TERWANGNE, "Placement provisoire de mineurs ayant commis un fait qualifié infraction", *J. dr. jeun.* 2002, afl. 214, 39).

verlopen termijn in mindering gebracht van de initiële maximumtermijn van drie maanden die voor die plaatsing geldt overeenkomstig art. 52*quater* Jeugdbeschermingswet.

§ 4. PROCEDURE

303. Vijf dagen na de oorspronkelijke beschikking komt de zaak terug voor de jeugdrechtbank, en daarna maandelijks.[78] De betrokkene en zijn raadsman worden gehoord, alsmede het openbaar ministerie[79]. De ouders of de personen die de betrokkene onder hun bewaring hebben, worden opgeroepen (art. 5, § 1).
De jeugdrechter kan bij die gelegenheid de maatregel intrekken, wijzigen of handhaven (uiteraard zonder de maximale termijn te mogen overschrijden). Ook de algemene herzieningsmogelijkheid van art. 60, eerste lid Jeugdbeschermingswet is van toepassing (art. 5, § 2 Wet 1 maart 2002). Dit laat de jeugdrechter toe ook buiten de handhavingen om de voorlopige detentie te herzien en de jongere bijvoorbeeld te laten overplaatsen of vrij te laten.[80] Deze herzieningsmogelijkheid betreft wel degelijk de eventuele herziening van een plaatsing in het Centrum te Everberg, en mag derhalve niet worden aangewend om bijvoorbeeld een plaatsing in een gemeenschapsinstelling om te zetten in een plaatsing in Everberg.[81]

Ingeval een onderzoeksrechter gevat is, brengt de jeugdrechter hem op de hoogte van de opheffing of wijziging van de voorlopige maatregel of van de toelating om het Centrum kortstondig te verlaten.

---

[78] Er wordt niet gespecificeerd dat dit ook zo is ingeval de oorspronkelijke beslissing genomen is door een onderzoeksrechter. In dat geval moet art. 49, tweede lid Jeugdbeschermingswet worden toegepast: de onderzoeksrechter die een voorlopige maatregel neemt, bericht hiervan meteen de jeugdrechter, die daarop de bevoegdheid overneemt om voorlopige maatregelen te bevelen, herzien..., en in elk geval binnen twee werkdagen uitspraak doet. De verhouding tussen de twee werkdagen van art. 49 en de vijf dagen van art. 5, § 1 Wet 1 maart 2002 is evenwel niet duidelijk gemaakt. Uit de verklaringen van de minister blijkt dat bij tussenkomst van de onderzoeksrechter de termijn van 5 dagen niet van toepassing is, maar wel de termijn van 2 dagen van art. 49 Jeugdbeschermingswet. De maximale termijn bedraagt in dat geval dus 2 maanden en 2 dagen in plaats van 2 maanden en 5 dagen (zie Verslag namens de commissie voor de justitie, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1640/4, 17).

[79] De verplichting het openbaar ministerie te horen werd gekwalificeerd als van openbare orde, aangezien het een regel is van gerechtelijke organisatie die fundamentele rechten van de minderjarige waarborgt in een materie die de vrijheid van personen betreft: Luik (Jk.) 11 april 2003, *J.L.M.B.* 2003, 886, waarbij Jeugdrb. Luik 31 maart 2003, *J. dr. jeun.* 2003, afl. 225, 52, wordt vernietigd.

[80] Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1640/1, 7.

[81] Luik (Jk.) 24 maart 2003, *J. dr. jeun.* 2003, afl. 224, 59, noot B. VAN KEIRSBILCK; Luik (Jk.) 8 mei 2003, *J. dr. jeun.* 2003, afl. 226, 44, noot B. VAN KEIRSBILCK.

304. De Wet van 1 maart 2002 bevat ook, en dat is uitzonderlijk in het jeugdbeschermingsrecht, een bepaling in verband met de positie van het slachtoffer (art. 7, § 1). Als het om bepaalde zware feiten gaat (o.a. die ernstige fysieke of psychische schade hebben veroorzaakt of als het feit behoort tot de misdrijven met geweld), worden de benadeelde personen door de dienst slachtofferonthaal bij het parket onverwijld op de hoogte gebracht van elke beschikking van de jeugd- of onderzoeksrechter van de opheffing of de wijziging van de voorlopige detentiemaatregel of van de toelating het Centrum kortstondig te verlaten.

305. De regels inzake hoger beroep verschillen van de gewone regels:

De termijn om hoger beroep in te stellen bedraagt 48 uur (in plaats van 15 dagen).

Ten aanzien van het openbaar ministerie loopt deze termijn vanaf de mededeling van de beschikking; ten aanzien van de andere partijen vanaf de overhandiging van een afschrift van de beschikking of vanaf de dag van kennisgeving bij gerechtsbrief (zie art. 52*ter*, vierde lid Jeugdbeschermingswet).

De betrokken jongere kan hoger beroep instellen door een verklaring aan de directie van het Centrum.

De termijn van dagvaarding voor het hof van beroep bedraagt drie dagen.

Het hof van beroep moet de zaak behandelen en uitspraak doen binnen 15 werkdagen (in plaats van 2 maanden), te rekenen vanaf de akte van hoger beroep. Deze termijn wordt in voorkomend geval geschorst tijdens de duur van het uitstel toegekend op verzoek van de verdediging.

306. Het instellen van hoger beroep schorst de maatregel niet op: deze blijft gehandhaafd zolang hij niet in hoger beroep is gewijzigd. Door deze regel komt in feite de garantie van een nieuwe beschikking door de jeugdrechter binnen 5 dagen te vervallen, aangezien het hof van beroep de zaak tot zich trekt en niet door deze termijn is gebonden. Het valt te betreuren dat de wetgever wat de initiële beschikking betreft geen uiterst snelle beroepsprocedure (binnen 48 uur) heeft ingesteld.[82]

---

[82] A. DE TERWANGNE, "Placement provisoire de mineurs ayant commis un fait qualifié infraction", *J. dr. jeun.* 2002, afl. 214, 42.

307. Na het verstrijken van de behandeltermijn van 15 dagen waarbinnen het hof uitspraak moet doen, vervalt de maatregel indien het hof geen uitspraak heeft gedaan.

308. De vraag rijst hoe de "maandelijkse handhavingen" van art. 5, § 1 Everbergwet toegepast moeten worden bij hoger beroep tegen de oorspronkelijke beslissing. De jeugdkamer van het Hof van Beroep te Brussel oordeelde dat, gelet op het devolutieve karakter van het hoger beroep, de zaak wordt onttrokken aan de jeugdrechter, zodat de heroverweging na vijf dagen niet toepasselijk is. Hiertegenover staat dat de zaak wordt onderzocht door een hoger rechtscollege, terwijl anders dezelfde rechter zijn oorspronkelijke beschikking opnieuw beoordeelt. De bevestiging van de beschikking in graad van hoger beroep (binnen 15 dagen) belet evenwel niet dat de heroverweging na een maand, door de jeugdrechter, ook nog moet gebeuren. In dit geval moet, wat de aanvang van deze termijn betreft, de meest gunstige oplossing voor de jongere worden genomen. De jeugdrechter moet de oorspronkelijke beschikking herbekijken een maand na de datum van die beschikking, en dus niet na de bevestiging daarvan in graad van beroep.[83]

§ 5. SAMENWERKINGSAKKOORD

309. Art. 9 van de Wet van 1 maart 2002 bepaalt dat met de Gemeenschappen een samenwerkingsakkoord kan worden gesloten[84] over de inbreng aan begeleiding en pedagogische omkadering van de jongeren die aan het Centrum zijn toevertrouwd, en over het tucht- en klachtenrecht dat in het Centrum wordt toegepast. De Everbergwet treedt zelfs buiten werking op 31 oktober 2002 als op deze datum geen dergelijk akkoord is gesloten. Dit laatste zal alvast niet het geval zijn: reeds op 30 april 2002 werd een samenwerkingsakkoord gesloten betreffende het gesloten Centrum.[85]

---

83 Brussel (Jk.) 16 april 2002, *J. dr. jeun.* 2003, afl. 222, 43.

84 Met sluiten wordt bedoeld: de ondertekening van het akkoord (Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1640/1, 8) en dus niet de goedkeuring ervan door het bevoegde parlement of de publicatie ervan in het Belgisch Staatsblad.

85 Ondertussen goedgekeurd bij Decr. Vl. Parl. 19 juli 2002, *B.S.* 20 augustus 2002, tweede uitgave; Decr. Fr. Gem. R. 17 juli 2002, *B.S.* 11 september 2002; Decr. D. Gem. R. 3 februari 2003, *B.S.* 14 maart 2003; Wet 13 maart 2003, *B.S.* 28 april 2003.
Opvallend is dat art. 3 van het Vlaamse Decreet al meteen het volgende bepaalt: "*Overeenkomstig art. 35 van het samenwerkingsakkoord wordt het akkoord opgezegd indien er uiterlijk op 31 augustus 2004 geen federale wet is bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad die antwoorden biedt op delinquent gedrag gepleegd door jongeren.*" Het genoemde art. 35 bepaalt dat het samenwerkingsakkoord gesloten wordt voor de duur van drie jaar (zijnde tot 28 februari 2005), en nadien telkens met één jaar stilzwijgend wordt verlengd tenzij het minstens 6 maanden op voorhand

310. In het akkoord wordt een regeling getroffen over de inrichting, capaciteit, leiding, personeelsleden, werking van en bezoek aan het Centrum, en worden de verbintenissen van respectievelijk de federale Staat en de Gemeenschappen vastgelegd. Ook wordt een evaluatiecommissie opgericht die jaarlijks de uitvoering van het akkoord en de werking van het Centrum evalueert. Opvallende punten uit het akkoord zijn onder meer:

1° de capaciteit van het Centrum bedraagt maximaal 50 plaatsen (24 in de Franstalige afdeling, evenveel in de Nederlandstalige en 2 voor jongeren uit het Duitse taalgebied. Met akkoord van alle Gemeenschappen kan van die opdeling worden afgeweken (art. 4, § 1). Het Centrum neemt maar jongeren op tot de bestaande capaciteit volledig is bezet (art. 4, § 5);

2° de invulling van de taak van pedagogische omkadering door de Gemeenschappen (art. 8);

3° de opsomming van de elementen die nader geregeld moeten worden in het huishoudelijk reglement (goed te keuren door de bevoegde ministers). Dit huishoudelijk reglement is inmiddels wel opgesteld, maar werd niet in het *Belgisch Staatsblad* gepubliceerd. In het reglement staan belangrijke en delicate elementen, zoals de sancties die aan jongeren kunnen worden opgelegd (met inbegrip van een afzonderingsruimte) en de rechtspositie van de jongeren, met inbegrip van het tucht- en klachtenrecht (art. 30). Deze bepaling is o.i. een juridische aberratie. Het gaat hier immers om zodanig belangrijke elementen dat deze in feite best in de Wet zelf waren geregeld. Bovendien bepaalt art. 9 van de Wet dat het Samenwerkingsakkoord het tucht- en klachtenrecht moet regelen; art. 30 van het Samenwerkingsakkoord schuift dit op zijn beurt door naar een huishoudelijk reglement met twijfelachtige juridische waarde en gebrekkige democratische controle.

§ 6. BEOORDELING

311. De uitwerking van de voorlopige plaatsing is mede geïnspireerd door de regeling van voorlopige hechtenis in het volwassenenstrafrecht, en houdt een zekere toenadering tussen beide stelsels in op het gebied van rechtswaarborgen. Door de overhaaste uitwerking van de "noodwet", de

---

schriftelijk wordt opgezegd. Vlaanderen heeft zichzelf dus opgelegd het akkoord inderdaad op te zeggen als tegen 31 augustus 2004 geen omvattende federale reglementering is uitgewerkt m.b.t. de aanpak van delinquent gedrag door minderjarigen. Overigens: als Vlaanderen die datum afwacht en het akkoord in september 2004 schriftelijk zou opzeggen, is dat geen (volle) 6 maanden vóór 1 maart 2005, zodat het akkoord toch nog stilzwijgend voor één jaar zou worden verlengd.

gebrekkige regeling van een aantal elementen, het losstaande karakter van deze nieuwe mogelijkheid en dus het gebrek aan een meer totale benadering van het vraagstuk van de jeugddelinquentie, kan deze maatregel evenwel nauwelijks positief geëvalueerd worden.

DEEL IV
DE HERVORMING VAN HET VOORLOPIG BEWIND

PROF. DR. FREDERIK SWENNEN[1]

Docent Universiteit Antwerpen
Gastdocent K.U.Leuven

[1] Frederik.Swennen@ua.ac.be

HOOFDSTUK I.
INLEIDING

312. Met de Wet van 3 mei 2003[2] is eindelijk de – voorlopige – hervorming van de Wet Voorlopig Bewind doorgevoerd.
De parlementaire voorbereiding heeft lang aangesleept. Het oorspronkelijke wetsvoorstel werd al op 26 maart 1998 ingediend in de Kamer[3] maar verviel na veelvoudige amendering aan het einde van de 49e legislatuur. Het wetsvoorstel werd opnieuw ingediend bij het begin van de 50e legislatuur en werd pas in de laatste nuttige week daarvan, op 1 april 2003, definitief gestemd[4].
Door uiteenlopende basisopties werd de eerste bespreking in de Kamer pas begin 2002 afgerond, nadat een compromistekst was uitgewerkt[5]. In het daaropvolgende jaar ging het wetsontwerp nog tweemaal over en weer naar de Senaat.

313. De parlementaire odyssee is niet ten goede gekomen aan de kwaliteit van de verslagen van de besprekingen en van de definitieve wettekst. De herhaalde consultatie van "het veld" en van deskundigen heeft dat niet geheel kunnen verhelpen.
De Minister van Justitie heeft een evenwicht gezocht tussen de snelle "*uitvoerbaarheid*" van het wetsvoorstel en het streven naar tekstverbetering[6]. Naar aanleiding daarvan is de draagwijdte van het voorstel zo veel mogelijk ingeperkt in plaats van een algemene – wenselijke – hervorming te beogen van de statuten van onbekwaamheid over meerderjarigen.

---

2 Wet 3 mei 2003 tot wijziging van de wetgeving betreffende de bescherming van de goederen van personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren. Over de publicatie van de wet, zie *infra* nr. 314.

3 Wetsvoorstel-Goutry, Vandeurzen en Ansoms tot wijziging van de wetgeving betreffende de bescherming van de goederen van personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren, *Parl. St.* Kamer 1997-98, nr. 1465/1.

4 *Voornaamste parlementaire stukken*:
Parl. St. Kamer BZ 1999, nr. 50-107/1, Wetsvoorstel (verder: Toelichting); 2001-02, nr. 50-107/12, Verslag-Van Hoorebeke (verder: Kamerverslag I); 2002-03, nr. 50-107/18, Verslag-Verherstraeten en Van Hoorebeke (verder: Kamerverslag II); 2002-03, nr. 50-107/23, Verslag-Van Parys (verder: Kamerverslag III).
Parl. St. Senaat 2002-03, nr. 2-1087/7, Verslag-Mahoux (verder: Senaatsverslag I); 2002-03, nr. 2-1087/13, Verslag-Mahoux II (verder: Senaatsverslag II).

5 Kamerverslag I, 30.

6 Senaatsverslag I, 6.

Het blijft ten eerste zorgwekkend dat de snelle realisatie van een aantal basisopties ten koste gaat van de inhoudelijke en vormelijke kwaliteit van de wettekst[7]. Ten tweede is zorgwekkend dat de Minister van Justitie zich telkens weer op deze wijze tracht(te) in te dekken tegen kritiek op de overhaasting.

314. Over de datum van inwerkingtreding van de nieuwe regeling was niets bijzonders afgesproken of voorzien in de wettekst. De onmiddellijke publicatie na bekrachtiging door de Koning werd om twee redenen uitgesteld.
Op de eerste plaats wensten de griffiers voldoende tijd voor de voorbereiding van het gewijzigde procedureverloop. Zij drongen aan op publicatie van de wet op 22 augustus 2003, met inwerkingtreding op 1 september van hetzelfde jaar.
Op de tweede plaats kon door dat uitstel nog een Koninklijk Besluit worden voorbereid in verband met de bewaring van wilsverklaringen waarin een voorkeur over een aan te wijzen bewindvoerder wordt uitgedrukt (*infra*, nrs. 354 e.v.).
Uiteindelijk heeft de opstelling van het K.B. vertraging opgelopen, en is de wet op datum van het ter perse gaan van dit boek nog steeds niet gepubliceerd.

315. Het opzet van het oorspronkelijke wetsvoorstel was vijfvoudig[8]:
- verbetering van de vertrouwensrelatie tussen de beschermde persoon en de voorlopige bewindvoerder, met name door de tussenkomst van een vertrouwenspersoon;
- aanvulling van de vrederechterlijke controle met een aantal bijkomende controle- en overlegmomenten door naasten van de beschermde persoon;
- een (meer) redelijke en transparante vergoeding voor de voorlopige bewindvoerder mogelijk maken;
- de afschaffing van een aantal andere statuten. Die afschaffing is uiteindelijk niet doorgegaan.
- de verduidelijking van de territoriale bevoegdheid van de vrederechter. Deze verduidelijking kwam er reeds bij de wet van 8 november 1998 tot wijziging van de art. 488*bis*, b), c) en d) en van art. 623 van het Ger.W.[9] De aanpassingen door die wet worden nu gehergroepeerd in het Gerechtelijk Wetboek.

---

7 Ook in die zin T. DELAHAYE, "L'administration provisoire, miroir de la société civile", *in* Y.-H. LELEU (ed.), *Les incapacités*, CUP, 2003, 1, nrs. 12 en 68-75.
8 Toelichting, 1-3 en 11-12; Kamerverslag I, 1-4.
9 *B.S.* 17 december 1998.

Tijdens de parlementaire voorbereiding is voor elk van die punten gezocht naar een evenwicht tussen de bescherming van de belangen van de beschermde persoon en de voorkoming van overbescherming met verlies van de soepelheid van het statuut[10].

316. In de definitieve wettekst kunnen mijns inziens acht krachtlijnen worden onderscheiden:
- de wettelijke en feitelijke partners worden op alle punten met echtgenoten gelijkgesteld;
- de procedure tot toevoeging van een voorlopige bewindvoerder wordt tegensprekelijk;
- de indicatieve bewindvoering wordt ingevoerd;
- de bezoldiging van de bewindvoerder wordt opgewaardeerd, maar:
- de controle op de bewindvoering neemt toe, met name door
- de opwaardering van de functie van vertrouwenspersoon;
- de (on)bekwaamheid van de beschermde persoon inzake giften en huwelijkscontracten wordt verduidelijkt;
- de lijst van machtigingbehoevende handelingen wordt deels geactualiseerd.

317. Artikel 488*bis* B.W. is bijna geheel vernummerd met de aangebrachte wijzigingen. Ik bespreek die wijzigingen hierna volgens de structuur van het statuut van het voorlopig bewind.

[10] Senaatsverslag I, 3 en 4.

HOOFDSTUK II.
HET PERSONELE TOEPASSINGSGEBIED

318. Artikel 488*bis*, a) B.W. blijft, met het personele toepassingsgebied van de wet, ongewijzigd. Vermeldenswaard is wel een aantal pogingen om het toepassingsgebied te wijzigen en te verduidelijken ten opzichte van andere instituten:

§ 1. VOORLOPIG BEWIND EN DE BESCHERMING VAN DE PERSOON

319. Het voorlopig bewind blijft als statuut van onbekwaamheid beperkt tot de *goederen* van de beschermde persoon. Een voorstel om het uit te breiden tot niet-vermogensrechtelijke belangenbehartiging is helaas niet aangehouden omdat zo'n uitbreiding tegen een ruimere achtergrond zou moeten worden besproken. In ruil werd aan een wetsvoorstel[11] in die zin prioriteit toegekend[12], zij het zonder gevolg. Er zijn wel plannen om tijdens de 51e legislatuur een algemene hervorming van de statuten van onbekwaamheid over meerderjarigen uit te werken[13].

320. Door de uitsluiting van niet-vermogensrechtelijke belangenbehartiging blijft een aantal problemen rond de bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder bestaan.
Dat is *ten eerste* zo met persoonsrechtelijke bevoegdheden die vóór de wet voorlopig bewind toekwamen aan de algemene of bijzondere voorlopige bewindvoerder. Het is betwist(baar) of de voorlopige bewindvoerder bedoeld in art. 488*bis* B.W. daarvoor bevoegd blijft[14]. Het gaat bijvoorbeeld om de vorderingen en handelingen bedoeld in de art. 232, tweede lid[15]

---

11 Wetsvoorstel-Bourgeois en Van Hoorebeke tot invoering van een coherent beschermingssysteem voor geestelijk gehandicapten in het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 2000-01, nr. 50-1225.

12 Hierover Kamerverslag I, 8-14, 35-36 en 58; Senaatsverslag I, 3.

13 Wetsvoorstel-Bourgeois tot invoering van een coherent beschermingssysteem voor geestelijk gehandicapten in het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer B.Z. 2003, nr. 51-0054.

14 Tegen die bevoegdheid: F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, nrs. 943 en 959 en de verwijzingen aldaar. Recentelijk vóór die bevoegdheid: P. SENAEVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2003, Deel 1, nr. 684 en J. GERLO, *Personen- en familierecht*, Brugge, Die Keure, 2000, nr. 890.

15 Bijvoorbeeld in positieve zin: Rb. Luik 27 juni 1994, *J.T.* 1995, 85.

en 331*sexies* B.W.[16], art. 7, tweede lid W.B.N. en art. 10, § 2, derde lid Orgaantransplantatiewet.

Sinds de (oorspronkelijke) Wet Voorlopig Bewind zijn *ten tweede* nieuwe persoonsrechtelijke bevoegdheden aan de voorlopige bewindvoerder toegekend. Het gaat bijvoorbeeld om de beslissing over de asbestemming van de overleden beschermde persoon[17] en de uitlokking van de vaststelling dat de beschermde persoon in de voortdurende onmogelijkheid verkeert het ouderlijk gezag uit te oefenen[18].

Het mag *ten derde* dan ook niet verwonderen dat er, bij gebreke van uitdrukkelijke regelingen, nieuwe betwistingen rijzen over de bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder in andere aangelegenheden. Het gaat bijvoorbeeld om vorderingen (dringende en) voorlopige maatregelen[19] of de bepaling van de verblijfplaats van de wilsongeschikte beschermde persoon[20].

Meer algemeen rijzen problemen rond de dagdagelijkse persoonlijke beslissingen die genomen moeten worden, bijvoorbeeld of een beschermde persoon aromatherapie zal volgen en welk budget daaraan kan worden besteed[21].

Ten slotte wordt de persoonsrechtelijke bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder *in die hoedanigheid* soms bewust uitgesloten. Zo vloeit bijvoorbeeld uit de Wet Patiëntenrechten voort dat de voorlopige bewindvoerder niet plaatsvervangend kan toestemmen in medische behandelin-

---

16 Bijvoorbeeld in positieve zin: Antwerpen 18 december 2001, *R.W.* 2002-03, 949, noot F. SWENNEN.

17 Artikelen 1 en 2 K.B. 30 december 2001 tot uitvoering van artikel 24, zesde lid van de wet van 20 juli 1971 op de begraafplaatsen en de lijkbezorging, en tot wijziging van het koninklijk besluit van 19 januari 1973 betreffende de lijkverbranding.

18 Artikel 1236*bis* Ger.W., zoals gewijzigd door de Reparatiewet Voogdij. Zie de bijdrage van C. CASTELEIN in deze bundel.

19 Bevoegd (inzake art. 221 B.W.): Brussel 13 maart 2003, *E.J.* 2003, 108, noot F. SWENNEN, "Voorlopig bewind, (dringende en) voorlopige maatregelen en echtscheiding". Onbevoegd inzake art. 223 BW. (maar bevoegd inzake art. 221 B.W.): Vred. Zelzate 3 april 1998, *A.J.T.* 2000-01, 621. Onbevoegd (als verweerder, inzake maatregelen over de persoon): Rb. Brussel 13 februari 1999, *J.T.* 1999, 607. Voorts K. JANSSENS, "Artikel 221 B.W. en het voorlopig bewind", *A.J.T.* 2000-01, 613.

20 Bijvoorbeeld Vred. Elsene 18 februari 1993, *T. Vred.* 1994, 112 (de beslissing over de opneming in een RVT moet de beschermde persoon zelf worden genomen); Vred. Marchienne-au-Pont 29 september 1995, *J.L.M.B.* 1997, 1001 (familieruzies over de verblijfplaats van een 90-jarige dame resulteren in een "verpleging in een gezin" in een RVT met toepassing van de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke); Vred. Brussel (8), 27 november 1998, *T. Vred.* 2000, 230: de voorlopige bewindvoerder mag de nodige (vermogensrechtelijke) contracten (met rusthuizen) opzeggen en aangaan en daarmee *de facto* de verblijfplaats bepalen.

21 C. MEULEMAN, "Sociale impact en sociale opvolging in het kader van voorlopige bewindvoering", *L'administration provisoire – Voorlopige bewindvoering*, Reeks Wet en Samenleving 4, Brugge, Die Keure, 2003, 163 e.v.

gen; andere personen kunnen dat wel[22]. Problematisch is in dit geval de juridische vertaling van de vermogensrechtelijke weerslag van die beslissingen[23].

§ 2. VOORLOPIG BEWIND EN VERKWISTING

321. In het oorspronkelijke wetsvoorstel was voorgesteld een aantal statuten van onbekwaamheid ten voordele van de toepassing van het voorlopig bewind af te schaffen, namelijk de toevoeging van een voorlopige bewindvoerder aan geïnterneerden en de toevoeging van een gerechtelijk raadsman aan geestesgestoorden en verkwisters[24].
De afschaffing van de art. 513-515 B.W. en 1247 Ger.W. zou geen probleem opleveren in de mate waarin voortaan uitdrukkelijk wordt bepaald dat het voorlopig bewind beperkt kan blijven tot een regime van bijstand[25].
Wel problematisch was het uitgangspunt dat het voorlopig bewind van toepassing zou zijn op verkwisters[26]. Bepaalde rechtspraak en rechtsleer gaan daarvan inderdaad uit[27]. Nochtans vooronderstelt verkwisting niet de aanwezigheid van een geestesstoornis; verkwisting levert daarom op zichzelf geen onmogelijkheid tot goederenbeheer *wegens de gezondheidstoestand* op. Het voorlopig bewind zou enkel op verkwisters van toepassing kunnen worden gemaakt door een uitdrukkelijke bepaling. Amendementen in die zin zijn, samen met de voorgestelde afschaffing van de art. 513-515 B.W., verworpen[28].

§ 3. VOORLOPIG BEWIND EN LASTGEVING

322. Een voorlopige bewindvoerder kan worden toegevoegd aan een meerderjarige, als hem nog geen *wettelijke* vertegenwoordiger werd toegevoegd. De wet bepaalt niet wat er staat te gebeuren als de te beschermen persoon een lasthebber aanduidde.

---

22 Zie de bijdrage van T. VANSWEEVELT in deze bundel.
23 Daarover F. SWENNEN, "Ouderlijk gezag en voogdij. Recente en komende wetgeving", *in* C.B.R., *Jongeren en recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 1, nr. 40.
24 Toelichting, 11-12.
25 Over de betwistingen daarrond *infra* nr. 379.
26 Toelichting, 11-12.
27 Hierover F. SWENNEN, *o.c.*, nrs. 242 en 257 en de verwijzingen aldaar.
28 Kamerverslag I, 8-14.

Doorgaans nemen rechtspraak[29] en rechtsleer[30] aan dat geen voorlopig bewind kan worden bevolen over personen die nog in staat zijn een lasthebber aan te duiden en te controleren – zelfs al doen ze dat niet.
Maar éénmaal de aanduiding van of controle op de lasthebber niet meer mogelijk, kan wel een voorlopige bewindvoerder worden aangeduid. De aanvaarding door de bewindvoerder van zijn opdracht maakte onder de oude regeling "*een einde aan de lastgeving die door de te beschermen persoon werd verleend*". Over die bepaling bestond de nodige onduidelijkheid. Volgens sommige auteurs beëindigde de aanvaarding van de opdracht *elke* lastgeving die door de te beschermen persoon werd verleend, ook in aangelegenheden waarin de voorlopige bewindvoerder geen vertegenwoordigingsbevoegdheid kreeg[31]. Met die stelling was ik het niet eens[32]. Oud art. 488*bis*, c), § 1, zesde lid B.W. moest mijns inziens als een toepassing van art. 2003 B.W. worden beschouwd. Die bepaling heeft naar mijn oordeel enkel de beëindiging tot gevolg van de lastgeving in de mate waarin de lastgever onbekwaam wordt[33]. Die interpretatie is nu bevestigd door de schrapping van de genoemde zinsnede onder verwijzing naar art. 2003 B.W.[34]
Door de genoemde wijziging wordt voortaan de aanduiding van een soort "toeziend bewindvoerder" mogelijk, naar analogie van de Duitse *Kontroll-* of *Überwachungsbetreuung*.[35] Heeft de te beschermen persoon een lastgever (met algemene opdracht) aangeduid, dan kan de opdracht van de voorlopige bewindvoerder worden beperkt tot vertegenwoordiging van de beschermde persoon in diens controlerecht op de lasthebber. Problematisch in dat geval is wel dat de beschermde persoon zijn bekwaamheid als regel behoudt. Deze techniek moet daarom worden voorbehouden voor gevallen waarin van de beschermde persoon geen initiatieven vallen te vrezen.
Een wetsvoorstel tot invoering van de lastgeving met het oog op een latere wilsongeschiktheid[36], naar analogie van de *Vorsorgevollmacht* naar Duits recht en de *Enduring Powers of Attorny* naar Engels recht[37], is niet behandeld. Het systeem houdt in dat de lastgeving geldt onder de opschortende voor-

---

29 Vred. Elsene 30 oktober 1991, *T. Vred.* 1992, 69; Vred. Veurne 10 september 1998, *T.W.V.R.* 1998, 190.

30 F. SWENNEN, *o.c.*, nr. 258 en de verwijzingen aldaar.

31 Bijvoorbeeld W. PINTENS en A. VERBEKE, "Voorlopig bewind over de goederen toebehorend aan een meerderjarige", *R.W.* 1991-92, 169, nr. 17; G. BENOIT, "Commentaire de la Loi du 18 juillet 1991", *in L'administration provisoire – Voorlopige bewindvoering, o.c.*, 22.

32 F. SWENNEN, *o.c.*, nr. 402.

33 Vgl. ook amendement nr. 68, *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/5.

34 Amendement nr. 91, *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/6 en Senaatsverslag I, 26.

35 Daarover F. SWENNEN, *o.c.*, nrs. 410-411.

36 Wetsvoorstel-de Clippele tot wijziging van artikel 488*bis* van het Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van een artikel 488*ter* in hetzelfde Wetboek, *Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-417.

37 Over die systemen F. SWENNEN, *o.c.*, nr. 404.

waarde van wilsongeschiktheid, en dat de lasthebber pas vanaf dat ogenblik onder de controle van de vrederechter handelt.
Eenvoudiger en veiliger voor de beschermde persoon is de zogenaamde indicatieve bewindvoering[38]. Elke meerderjarige kan voortaan een verklaring afleggen waarin hij een voorkeur te kennen geeft over een aan te wijzen voorlopige bewindvoerder, mocht die aanwijzing nodig zijn (*infra* nr. 354).

§ 4. VOORLOPIG BEWIND EN COLLECTIEVE SCHULDENREGELING

323. Het potentiële "cliënteel" van het voorlopig bewind blijkt dikwijls samen te vallen met dat van de collectieve schuldenregeling – en andere regelingen van insolvabiliteit van privé-personen[39].
Men mag nochtans niet vergeten dat een kredietprobleem – lees: verkwisting – op zichzelf geen aanleiding kan geven tot de toevoeging van een voorlopige bewindvoerder. Van een echte keuze tussen voorlopig bewind en collectieve schuldenregeling kan aldus geen sprake zijn[40]. Die twee statuten kunnen samen bestaan. Amendementen die ertoe strekten het voorlopig bewind te schorsen gedurende de collectieve schuldenregeling, zijn niet aangehouden[41].
In elk geval behoeft de voorlopige bewindvoerder een machtiging om een verzoekschrift tot collectieve schuldenregeling in te dienen[42]. Zijn bezoldiging en kosten zijn nadien kosten *van* de boedel die bij voorrang worden uitbetaald[43].

---

38 Ook in die zin G. BENOIT, *l.c.*, 6.

39 Bijvoorbeeld Vred. Sint-Truiden 30 januari 1992, onuitg., A.R.V. 5695.92; Vred. Grâce-Hollogne 3 december 1993, *J.L.M.B.* 1994, 428; Vred. Sint-Truiden 26 april 1996, onuitg., A.R.V. 7746.96.

40 Zie nochtans Vred. Charleroi 29 juli 1999 en 24 november 1999, *J.L.M.B.* 2000, 730, noot E. VIEUJEAN, "Administration provisoire, liberté et publicité".

41 Senaatsverslag I, 17 en 46-47.

42 Vred. Westerlo 19 november 2001, *T.B.B.R.* 2002, 641; *R.W.* 2002-03, 1028.

43 Rb. Leuven 19 september 2000, *R.W.* 2002-03, 1025 met noot A. DE WILDE, "Enkele interferenties tussen de collectieve schuldenregeling en het voorlopig bewind".

HOOFDSTUK III.
DE PROCEDURE TOT TOEVOEGING VAN EEN VOORLOPIGE BEWINDVOERDER

§ 1. DE TEGENSPREKELIJKE PROCEDURE

324. Onder de oude regeling was de procedure tot toevoeging van een voorlopige bewindvoerder een *eenzijdige* verzoekschriftprocedure. Dit werd aangevoeld als een schending van de rechten van de verdediging van de te beschermen persoon.
Die kreeg ten eerste geen inzage in het verzoekschrift.
Ten tweede werd hij wel opgeroepen om te worden gehoord, maar werd hij daardoor nog geen partij[44].
Hij kreeg ten derde dus ook geen kennisgeving van de beschikking. De te beschermen persoon moest hetzij uitdrukkelijk verklaren in het geding tussen te komen hetzij tegen de beslissing tot toevoeging van een bewindvoerder het verzet *sui generis* van art. 1033 Ger.W. doen[45].
Tot slot werd de te beschermen persoon niet bijgestaan door een advocaat.

325. Om die redenen is tijdens de parlementaire voorbereiding voorgesteld de procedure tot toevoeging van een voorlopige bewindvoerder – maar niet de navolgende procedures in het raam van het voorlopig bewind – tegensprekelijk te maken. De verplichte bijstand door een advocaat werd in verband daarmee gezien en onterecht aangehaald als reden om de procedure tegensprekelijk te maken[46]: de verplichte bijstand vloeit daaruit niet voort.
Uiteindelijk is de verplichte bijstand slechts aangehouden voor de gevallen waarin de vrederechter ambtshalve een voorlopige bewindvoerder kan toevoegen[47].
De tegensprekelijkheid van de initiële procedure is wel aangehouden, door de art. 1034*ter* e.v. Ger.W. uitdrukkelijk van overeenkomstige toepassing

---

44 Rb. Gent 16 januari 1997, *T.G.R.* 1997, 157; Rb. Bergen 19 januari 2000, *Rev. rég. dr.* 2000, 503.

45 Bijvoorbeeld Rb. Brugge 17 februari 1995, *T. Brugse R.* 1996, 26; Vred. Oostende (2), 11 september 1997, *T.W.V.R.* 1998, 187; Vred. Veurne 10 september 1998, *T.W.V.R.* 1998, 190. Over dit probleem K. OOSTERLICNK, "Overzicht van rechtspraak (1991-1997) betreffende de wet van 18 juli 1991 inzake het voorlopig bewind", *T. Gez.* 1999-2000, 8, 19, die overigens ook verwijst naar ongepubliceerde rechtspraak die de te beschermen persoon hoe dan ook als partij beschouwde.

46 Kamerverslag I, 5, 34-35 en 59.

47 Kamerverslag I, 18 en 55. Over de gevallen waarin hij dat kan *infra* nr. 330.

te verklaren[48]. Dit heeft een aantal (onvoorziene) gevolgen op het procedureverloop, die in de loop van de bespreking aan bod komen.

326. Het was veel eenvoudiger geweest te volstaan met de enkele toevoeging in de wettekst dat de te beschermen persoon, door zijn oproeping om te worden gehoord, partij wordt in het geding. Die toevoeging is overigens gebeurd[49]. Een amendement om de aanpassing van de procedure daartoe te beperken[50], is niet aangehouden.

327. De wetgever heeft wellicht voor ernstige procedurele problemen gezorgd door uit te gaan van een verkeerde opvatting van de "tegenspraak". Kan men een persoon van wie men beweert dat-ie geen tegenspraak kan bieden, partij maken?[51]
T. DELAHAYE vat de wetswijziging daarom zodanig op dat aan de essentieel eenzijdige aard van de procedure geen afbraak zou zijn gedaan. Enkel de gedinginleidende akte, maar niet het verdere procedureverloop, zou "op tegenspraak" gebeuren[52]. Die opvatting kan bezwaarlijk worden gevolgd: het was juist de bedoeling van de te beschermen persoon een partij te maken. Toch kan niet worden ontkend dat art. 488*bis*, b) B.W., zoals bijvoorbeeld de art. 1253*ter* e.v. Ger.W., een afwijkend (tegensprekelijk…) procedureverloop inhoudt van het gemeenrechtelijke (tegensprekelijke) procedureverloop, in het bijzonder van de art. 735 e.v. Ger.W.[53] Ik bespreek die afwijkende procedure hierna.

§ 2. MATERIËLE EN TERRITORIALE BEVOEGDHEIDSREGELS

328. De materiële en territoriale bevoegdheidsregels en de principiële onveranderlijkheid van het bewindsforum blijven behouden. De betreffende bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek worden wel gehergroepeerd en geherformuleerd in de art. 623 en 628, 3° Ger.W.
De bevoegde vrederechter is die van de verblijfplaats of, bij gebreke daarvan, van de woonplaats van de te beschermen persoon. Die blijft bevoegd, behoudens bij overzending naar de vrederechter van de nieuwe hoofdverblijfplaats van de beschermde persoon.

---

48 Artikel 488*bis*, b), § 5, laatste lid B.W.
49 Daarover meer *infra* nr. 344.
50 Amendement nr. 41, *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/4.
51 Zie in het algemeen T. DELAHAYE, *l.c.*, nrs. 8-11. Vgl. ook G. BENOIT, *l.c.*, 8.
52 T. DELAHAYE, *l.c.*, nr. 11.
53 Anders: T. DELAHAYE, *l.c.*, nr. 10.

In elk geval mag de vrederechter de beschermde persoon buiten zijn kanton bezoeken.

329. Op bevoegdheidsconflicten is om reden van de tegensprekelijkheid voortaan ook art. 639 Ger.W. van toepassing, zodat het conflict niet meer noodzakelijk aan de Arrondissementsrechtbank moet worden voorgelegd[54].

§ 3. VERZOEKERS (ART. 488*BIS*, B), § 1 B.W.)

330. De basisregel blijft behouden: het verzoek mag uitgaan van de te beschermen persoon zelf, van elke belanghebbende of van de procureur des Konings.
Daarnaast blijft ook behouden, de ambtshalve bevoegdheid van de vrederechter bij wie een verzoek tot dwangopneming werd ingediend. Het gaat om de dáárvoor territoriaal bevoegde vrederechter; dat is niet noodzakelijk die bedoeld in art. 628, 3° Ger.W.[55]
Artikel 488*bis*, b), § 1, derde lid B.W. verwees enkel naar het verzoek bedoeld in art. 5, § 1, van de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke. Rechtspraak[56] en rechtsleer[57] legden die verwijzing ruim uit. De vrederechter is niet enkel bevoegd in geval van een verzoek tot opneming ter observatie, maar ook bij een verzoek tot verder verblijf (art. 13), tot voorlopige verpleging in een gezin (art. 23) en tot verlenging daarvan (art. 25). De wet is in die ruime zin aangepast[58].
In het nieuwe art. 488*bis*, c), § 1, vijfde lid B.W. is de verwijzing naar art. 23 wel vergeten. Bovendien is overal de verwijzing naar het verzoek bedoeld in art. 9 (spoedprocedure) vergeten. Het lijdt geen twijfel dat de vrederechter in elk van die gevallen ambtshalve bevoegd is.
Naar mijn mening is de vrederechter enkel ambtshalve bevoegd naar aanleiding van de behandeling van een verzoekschrift en bijvoorbeeld niet

---

54 Daarover J. LAENENS, "Procesrechtelijke aspecten inzake de bescherming van de persoon van de geesteszieke en inzake voorlopig bewind", *in* P. SENAEVE (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, 137, nr. 329.

55 Voor de toepassing van de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke is bevoegd: de vrederechter van de plaats waar de zieke wordt verzorgd of geplaatst is of, bij gebreke daarvan, de vrederechter van de plaats waar de zieke zich bevindt. Art. 627, 6°, Ger.W.

56 Vred. Jumet 25 mei 1999, *J.T.* 1999, 722.

57 Bijvoorbeeld W. PINTENS en A. VERBEKE, *l.c.*, nr. 5; M. VERRYCKEN, "De gedwongen psychiatrische opname en het voorlopig bewind na 7 jaar toepassing", *T. Gez.* 1999-2000, 116.

58 Toelichting, 4; Kamerverslag I, 61.

gedurende de periode van verder verblijf[59]. Er is als het ware geen "blijvende saisine" zoals die bijvoorbeeld in het geval van art. 1280, 8e lid Ger.W. bestaat.
De wetgever beantwoordt niet de omstreden vraag of de vrederechter een voorlopige bewindvoerder kan toevoegen wanneer hij het verzoek tot (verlenging van de) dwangopneming of dwangverpleging afwijst. De tekst van de wet laat dat alvast wel toe[60].

§ 4. HET VERZOEKSCHRIFT OP TEGENSPRAAK (ART. 488*BIS*, B), § 5 B.W.)

331. Aan de inhoudelijke en formele vereisten van het verzoekschrift is heel wat gewijzigd, naast de overeenkomstige van toepassingverklaring van de art. 1034*ter* e.v. Ger.W.
Vier "onderdelen" van het verzoekschrift moeten worden onderscheiden.

332. Ten eerste is een aantal vermeldingen *op straffe van nietigheid* voorgeschreven[61]. Het gaat om de traditionele vermeldingen van art. 1034*ter*, 1. tot 5. Ger.W., zoals die anders zijn geformuleerd in art. 488*bis*, § 5, eerste lid B.W.[62]
Enkel gewijzigd ten opzichte van de oude regeling is de verplichte vermelding, sub 4., van de te beschermen persoon en zijn echtgenoot. Voortaan moeten, naar gelang het geval, worden vermeld: de te beschermen persoon, zijn vader en/of zijn moeder, de echtgenoot, de wettelijk samenwonende of de persoon met wie de te beschermen persoon een feitelijk gezin vormt. Uit § 7, tweede lid van dezelfde bepaling moet worden afgeleid dat die personen enkel moeten worden vermeld voor zover de te beschermen persoon met hen samenleeft.
De gelijkstelling van wettelijk en feitelijk samenwonende partners met echtgenoten is, tegen de bedoeling van het indieners van het wetsvoorstel

---

59 Anders: A. PHILIPS, "De statistieken in verband met art. 488*bis* B.W.", *in L'administration provisoire – Voorlopige bewindvoering, o.c.*, 84.

60 *Pro:* Vred. Fosses-la-Ville 13 december 1991, *J.L.M.B.* 1992, 738 met afkeurende noot C. DAUBANTON, "Les incapables majeurs – Attention à la dérive"; *Rev. rég. dr.* 1992, 64 met noot V. LOUANT. *Contra*: E. VIEUJEAN, "Le majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens", in MEULDERS-KLEIN, M.-T. (dir.), *Protection des malades mentaux et incapacités des majeurs: le droit belge après les réformes*, Diegem, Story-Scientia, 1996, p. 233-34.

61 De oorspronkelijke bedoeling was geen enkele vermelding nog op straffe van nietigheid voor te schrijven. Toelichting, 4.

62 Juist om reden van die afwijkingen was onder de oude regeling art. 1026 Ger.W. niet van overeenkomstige toepassing.

in[63], veralgemeend. Daarvoor is met name als reden aangehaald, de evoluerende rechtspraak van het Arbitragehof[64].

333. Een aantal andere vermeldingen is ten tweede maar nodig *voor zover mogelijk*. Het gaat, zoals vroeger, om de geboorteplaats en -datum van de te beschermen persoon en de aard en samenstelling van zijn vermogen. Daarnaast moeten voortaan ook worden vermeld: de naam, voornaam en woonplaats van de meerderjarige familieleden in de dichtste graad, maar niet verder dan in de tweede graad. Zijn er bijvoorbeeld kinderen, dan moeten de meerderjarige kleinkinderen niet worden vermeld. Zijn er enkel nog neven en nichten, dan moeten die niet worden vermeld.

334. Ten derde is er de *ondertekening* door de verzoeker of zijn advocaat en de voeging van een *attest van verblijfplaats* of, bij ontstentenis, van woonplaats van de te beschermen persoon. In afwijking van de art. 1034*ter*, 6° en 1034*quater* Ger.W. zijn de ondertekening en de voeging niet (meer) op straffe van nietigheid voorgeschreven.
Dat prioritair een attest van verblijfplaats wordt gevoegd, is logisch in het licht van de territoriale bevoegdheidsregel[65].
Tijdens de parlementaire voorbereiding is echter niet verduidelijkt wat onder "attest" wordt verstaan anders dan het "getuigschrift" bedoeld in art. 1034*quater* Ger.W.[66] Dat getuigschrift moet door het gemeentebestuur worden afgegeven waar de betrokkene in de bevolkingsregisters is ingeschreven. De wetgever zegt niet wie het "attest" aflevert als de verblijfplaats in een andere gemeente ligt. Bij gebreke van inschrijving in het bevolkingsregister kan die gemeente immers geen attest afleveren[67].
Het is onduidelijk of art. 488*bis*, b), § 5, tweede lid B.W. ook in die zin afwijkt van art. 1034*quater*, Ger.W. dat niet op straffe van nietigheid een attest van woonplaats moet worden gevoegd van de personen met wie de te beschermen persoon samenleeft en die moeten worden opgeroepen. (Pas) door die oproeping worden zij partijen (*infra* nr. 344). Beschouwt men ze van bij de indiening van het verzoekschrift als partij, dan mag ook art. 1034*quinquies* Ger.W. niet uit het oog worden verloren.

---

63 Kamerverslag I, 40 en 69. Enkel de wettelijk samenwonende zou met de echtgenoot mogen worden samengesteld.

64 Amendement nr. 85 van de Regering, *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/6.

65 Kamerverslag I, 15.

66 In de Toelichting, 5, is enkel sprake van een attest van woonst, waarmee wellicht het getuigschrift werd bedoeld. Gezien de territoriale bevoegdheidsregel is later bij amendement verblijfplaats voor woonplaats ingevoegd.

67 Zie overigens ook de verantwoording bij de wijziging van art. 488*bis*, e), B.W., *infra* nr. 352.

335. Ten slotte kan het verzoekschrift voortaan *suggesties* bevatten over de keuze van de bewindvoerder en de aard en omvang van zijn bevoegdheden. Uiteraard binden die suggesties de vrederechter niet[68].

336. Enkel bij ontstentenis van de vermeldingen, ondertekening en voeging die *niet* op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven, kan de vrederechter de verzoeker vragen om het onvolledige verzoekschrift binnen de acht dagen aan te vullen. Voor deze bepaling vond de wetgever inspiratie in art. 1675/4, § 3 Ger.W. over de collectieve schuldenregeling[69].
Beter zou het verzoekschrift worden vervolledigd door tussenkomst van de griffier, zoals dat in het nieuwe adoptierecht mogelijk zal zijn. Ook daar gebeurt de voeging van stukken namelijk niet meer op straffe van nietigheid.
Nog beter zou men ofwel de voeging op straffe van nietigheid hebben behouden, dan wel de algemene regel die die sanctie voorschrijft, hebben aangepast…

§ 5. DE OMSTANDIGE GENEESKUNDIGE VERKLARING (ART. 488*BIS*, B), § 6 B.W.)

337. Op straffe van niet-ontvankelijkheid wordt bij het verzoekschrift, behoudens in spoedeisende gevallen, een omstandige medische verklaring gevoegd die aan bepaalde voorwaarden moet voldoen. Die voorwaarden blijven ongewijzigd, maar de niet-ontvankelijkheid wordt verzacht.

338. Bij wijze van verzet tegen de dikwijls laconieke geneeskundige verklaringen was voorgesteld een minimale omschrijving van de symptomen en de gevolgen ervan te verplichten. Daarentegen zou het – juridische – besluit dat de te beschermen persoon zijn goederen niet meer kan beheren enkel toekomen aan de rechter[70]. Dit voorstel is niet aangehouden.
Integendeel zijn wel andere (juridische) vermeldingen aan de verklaring toegevoegd. Die zijn evenwel niet op straffe van niet-ontvankelijkheid verplicht[71].
Het gaat ten eerste om de vermelding of de te beschermen persoon zich kan verplaatsen en, zo ja, of dat wel aangewezen is gelet op zijn toestand. Zo kan een demente persoon zich materieel nog wel verplaatsen maar zou

---

68 Toelichting, 5.
69 Senaatsverslag I, 12-13.
70 Senaatsverslag I, 4 en 11-12. Vgl. Vred. Sint-Truiden 12 januari 1999, *R.W.* 1999-2000, 125. Voorts K. OOSTERLINCK, *l.c.*, 11.
71 Kamerverslag I, 68.

het tot (verdere) desoriëntatie leiden dat van hem te vragen[72]. Medisch gezien is hij dan uiteraard niet in staat om zich te verplaatsen. Hoe dan ook is de vrederechter door deze vermelding noch in positieve noch in negatieve zin gebonden.
Ten tweede vermeldt de verklaring of de te beschermen persoon nog kennis kan nemen van de rekenschap van het beheer. Het is nochtans duidelijk dat dit juridisch oordeel niet aan de arts toekomt. Hij kan wel de vermogens beschrijven die dergelijke kennisneming (on)mogelijk zouden maken.

339. De Senaat evoceerde het wetsontwerp tweemaal over de oplossing wanneer in spoedeisende gevallen geen medische verklaring wordt gevoegd, maar haalde uiteindelijk bakzeil.
De definitieve oplossing is de volgende. Bij niet-voeging van medische verklaring gaat de vrederechter na of het aangevoerde motief van spoedeisendheid gerechtvaardigd is. Is het dat niet, dan is het verzoekschrift uiteraard niet ontvankelijk. Is het dat wel, dan krijgt de verzoeker nog acht dagen om alsnog een omstandige geneeskundige verklaring te bezorgen. In spoedeisende gevallen wordt de procedure dus met acht dagen verlengd. Het voordeel van art. 488*bis*, i) B.W. vervalt echter niet. Indien uiteindelijk een voorlopige bewindvoerder wordt toegevoegd, zijn de handelingen vanaf de indiening van het oorspronkelijke verzoekschrift nietig.

340. Nu zal een verzoeker in spoedeisende gevallen dikwijls na acht dagen nog geen medische verklaring kunnen voorleggen. Een te beschermen persoon kan blijven weigeren zich te laten onderzoeken of kan blijvend worden afgeschermd door een erfenisjager.
Daarom was in de Senaat voorgesteld dat de vrederechter, bij een gerechtvaardigde afwezigheid van medische verklaring, zelf een geneesheerdeskundige zou aanstellen die de verklaring zal opstellen[73]. Die oplossing zou ook zonder spoedeisendheid gelden[74]. Er wordt mee bereikt dat in familiale conflicten geen bijkomende olie op het vuur wordt gegoten. De indiener van het amendement ging er wel ten onrechte van uit dat de deskundige de te beschermen persoon kan dwingen het onderzoek te ondergaan. Op het verbod van lijfsdwang is hier geen uitzondering bepaald.

---

72 Kamerverslag I, 16.
73 Senaatsverslag I, 18; Senaatsverslag II, 5-6.
74 Zie het ingetrokken amendement-Nyssens in die zin: Senaatsverslag I, 14-15.

De Kamer wees dit voorstel af[75]. Onoverkomelijke problemen levert dat niet op. De vrederechter kan het verzoekschrift ten eerste ook in geval van afwezigheid van medische verklaring wegens overmacht ontvankelijk en gegrond verklaren, zelfs zonder aanstelling van een deskundige[76]. Ten tweede kan hij met toepassing van art. 488*bis*, b), § 7 B.W. hoe dan ook nog een deskundige aanstellen.

§ 6. DE BEHANDELING VAN HET VERZOEK (ART. 488*BIS*, B), § 7 B.W.)

341. Gezien de tegensprekelijkheid van de procedure, moet voortaan de minimale (wacht)termijn van dagvaarding van acht dagen worden gerespecteerd tussen de oproeping en de zitting, tenzij de verzoeker (bij eenzijdig verzoekschrift) een verkorting daarvan vroeg[77].

342. De vrederechter wint alle dienstige inlichtingen in; hij kan een geneesheer-deskundige aanstellen die hem voortaan niet enkel advies moet uitbrengen over de gezondheidstoestand maar ook over de wilsafhankelijkheid (*capacité à exprimer seule sa volonté*) van de te beschermen persoon.
Sommigen waren van oordeel dat op de aanwijzing van een geneesheer-deskundige door de vrederechter niet de bepalingen van art. 962 e.v. Ger.W. van toepassing waren, nu het om een eenzijdige procedure ging[78]. Voor zover dat oordeel juist was[79], dienen de genoemde bepalingen in principe voortaan wel in de mate van het mogelijke te worden toegepast. Zelfs al is het zo dat het advies aan de vrederechter wordt uitgebracht, dan nog geldt als regel in tegensprekelijke procedures dat de deskundige de art. 962 e.v. Ger.W. dient na te leven[80]. Een minderheidsopvatting houdt voor dat "eenzijdige" adviesverlening aan de vrederechter niet onder toepassing van de art. 962 e.v. Ger.W. valt[81].
Uiteraard kan niet de verzoeker maar enkel een door hem aangeduide arts bij het medische onderzoek van de te beschermen persoon aanwezig zijn[82].

---

75 Kamerverslag II, 5-6; Kamerverslag III, 3-4.
76 Vred. Hasselt 21 december 1994, *T. Gez.* 1997-98, 209. Hierover ook M. VERRYCKEN, *l.c.*, 118.
77 Art. 707-708 Ger.W.
78 Rb. Leuven 2 maart 1994, *Pas.* 1993, III, 77. Vgl. inzake de eenzijdige fase van de procedure tot gerechtelijke onbekwaamverklaring: P. LURQUIN, *Précis de l'expertise du Code Judiciaire*, Brussel, Bruylant, 2001, nr. 149*bis*.
79 Volgens P. MARCHAL, "Les incapables majeurs", in *Rép.Not.*, Deel I, Boek VIII, nr. 295, d) zijn de bepalingen van art. 962 e.v. Ger.W. hoe dan ook van toepassing.
80 P. MARCHAL, *o.c.*, nr. 295, d).
81 P. LURQUIN, *o.c.*, nr. 149*bis*.
82 P. LURQUIN, *o.c.*, p. 72.

343. De te beschermen persoon en de naasten met wie hij samenleeft en die in het verzoekschrift zijn vermeld, worden dan bij gerechtsbrief opgeroepen om hen in raadkamer te horen. Niet enkel hun advocaat, maar ook de vertrouwenspersoon van de te beschermen persoon is daarbij desgevallend aanwezig. Het recht om die aan te duiden, wordt in de gerechtsbrief vermeld. Bij de gerechtsbrief wordt desgevallend een uittreksel gevoegd van de verklaring van de te beschermen persoon met het oog op de indicatieve bewindvoering.
De vertrouwenspersoon wordt al in deze fase van de procedure betrokken omdat hij desgevallend zelf als voorlopige bewindvoerder zal worden aangeduid[83].
Enkel deze procedurestap is ook van toepassing wanneer de vrederechter overweegt om ambtshalve een voorlopige bewindvoerder toe te voegen. Enkel in dat geval is ook art. 7, § 1 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke van toepassing. Krachtens die bepaling wordt de te beschermen persoon verplicht bijgestaan door een advocaat[84].
Ook worden voortaan bij gerechtsbrief opgeroepen om hen te horen, eenieder die de vrederechter geschikt acht om hem in te lichten.

344. Alle personen die met toepassing van art. 488*bis* B.W. in het algemeen[85] bij gerechtsbrief worden opgeroepen, worden daardoor partij in het geding, behoudens verzet daartegen ter zitting. De griffier geeft daarvan kennis in de gerechtsbrief. De rechtszekerheid[86] heeft het hier gehaald op de soepelheid van de procedure[87].
Zoals vermeld in nr. 326, had deze bepaling kunnen volstaan om de procedure ten aanzien van de te beschermen persoon tegensprekelijk te maken.

345. De (andere) meerderjarige familieleden die indien mogelijk in het verzoekschrift werden vermeld, worden enkel bij gerechtsbrief *verwittigd* van het feit dat er een verzoekschrift werd ingediend en van de plaats en het tijdstip van het verhoor. Zij kunnen ter zitting vragen te worden gehoord of vooraf schriftelijk hun opmerkingen aan de vrederechter

---

83 Toelichting, 5.

84 In het algemeen wilde de Kamercommissie de bijstand van een advocaat niet verplicht stellen. Gezien de verplichte bijstand in het raam van de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke is die verplichting enkel voor die gevallen uitgebreid. Kamerverslag I, 61-62.

85 Bijvoorbeeld ook bij toepassing van art. 488*bis*, f), § 1, vierde lid en h), § 2 B.W. In de wettekst heeft de wetgever "dit hoofdstuk" in de ruimste zin bedoeld. Zie amendement nr. 53, *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/5.

86 Amendementen nrs. 53 en 56, *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/5.

87 Het oorspronkelijke wetsvoorstel voorzag daarin niet, om de procedure niet nodeloos te verzwaren. Toelichting, 6.

meedelen. Bij hun oproeping wordt geen afschrift van het verzoekschrift gevoegd om redenen van privacy[88].
Deze personen worden niet opgeroepen bij gerechtsbrief; zij worden dus niet automatisch partij door hun verschijning of schriftelijke mededelingen.
Oorspronkelijk waren aan deze familieleden veel ruimere hoor- en andere rechten toegekend. Om de procedure niet onnodig te verzwaren, zijn die rechten ingeperkt[89].

346. De vrederechter mag zich, zelfs buiten zijn kanton, begeven naar de verblijfplaats van de te beschermen persoon of naar de plaats waar hij zich bevindt. Uit de tekstschikking mag niet worden afgeleid dat hij die mogelijkheid voortaan enkel heeft wanneer hij ambtshalve optreedt[90]. Van zijn bezoek wordt voortaan een proces-verbaal opgesteld.

§ 7. DE UITSPRAAK (ART. 488*BIS*, C), § 1 B.W.)

347. Bij gebreke van afwijking van de algemene regel doet de rechter uitspraak in openbare terechtzitting. De afzonderlijke beschikking in geval hij ambtshalve een voorlopige bewindvoerder toevoegt, blijft verplicht.

348. De regels inzake de kennisgeving bij gerechtsbrief aan de bewindvoerder, de aanvaarding en de mededeling van de beschikking van aanwijzing aan de procureur des Konings blijven ongewijzigd.
Binnen de drie dagen na de aanvaarding geeft de griffier voortaan ook bij gerechtsbrief kennis van de beschikking aan de partijen en aan de vertrouwenspersoon. Artikel 488*bis*, c), § 1, laatste lid B.W. vermeldt naast de vertrouwenspersoon uitdrukkelijk (als partijen): de verzoeker, de tussenkomende partijen en de "te beschermen" (*sic*) persoon. Een niet-ondertekend afschrift wordt bij gewone brief aan de advocaten gezonden. Een uitgifte van de beslissing kan onderaan op een exemplaar van het verzoekschrift worden gesteld[91].

349. De beslissing tot toevoeging van een voorlopige bewindvoerder is niet meer uitvoerbaar bij voorraad. Die uitvoerbaarheid moet nu uitdrukkelijk

---

88 Toelichting, 5.
89 Senaatsverslag I, 13-14; Kamerverslag II, 7.
90 Kamerverslag I, 18.
91 Vgl. inzake de eenzijdige verzoekschriftprocedure art. 1030, tweede lid Ger.W.

worden gevraagd op grond van art. 1398 Ger.W. Een voorstel tot vantoepassingverklaring van art. 1029, tweede lid Ger.W. is niet aangehouden[92].

350. Voor zover men van oordeel was dat de regeling inzake gerechtskosten niet van toepassing is op eenzijdige procedures[93], wordt die voortaan wel van toepassing[94].

351. Aanvangspunt voor de termijn voor de aanwending van rechtsmiddelen is voortaan de betekening en niet de kennisgeving. Van art. 1051 Ger.W. is nergens afgeweken.
De vraag rijst wie moet betekenen en op wiens kosten dat gebeurt in geval de vrederechter ambtshalve optreedt[95].

§ 8. PUBLICITEIT (ART. 488*BIS*, E) B.W.)

352. Van een uniforme regeling van de publiciteit voor alle statuten van onbekwaamheid is nog geen sprake[96].
De (soms facultatieve) bekendmaking van het voorlopig bewind in het Belgisch Staatsblad blijft ongewijzigd behouden.
De kennisgeving ervan aan de burgemeester van de verblijfplaats wordt vervangen door een kennisgeving[97] aan de burgemeester van de woonplaats. Die moet de beslissing laten aantekenen in de bevolkingsregisters[98].
Een uittreksel met vermelding van naam, adres en staat van bekwaamheid moet voortaan worden verstrekt aan de persoon zelf of elke belanghebbende.
De aantekening in de bevolkingsregisters heeft nog een gunstig gevolg voor de publiciteit. Alle Belgische gemeenten behalve Antwerpen maken op grond van een overeenkomst met het Rijksregister melding in dat register van de onbekwaamheid. Doordat elke maatregel van voorlopig bewind voortaan wordt aangetekend in de bevolkingsregisters, is er ook telkens melding in het Rijksregister. Tot hiertoe was dat niet het geval voor be-

---

92 Amendement nr. 30, *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/4 en daarover Senaatsverslag I, 37.

93 Bijvoorbeeld J. LE MAIRE, "L'indemnité de procédure et de débours", *J.T.* 1969, 563, derde kol. en de verwijzingen; D. MAES, *Comm. Ger.*, art. 1017, nrs. 8 en 18; T. DELAHAYE, *l.c.*, nr. 8.

94 Bijvoorbeeld Vred. Oudergem 7 mei 1998, *T. Vred.* 1998, 523 inzake een tegensprekelijk geworden procedure betreffende het voorlopig bewind.

95 Amendement nr. 41, *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/4. Vgl. inzake het (intussen op dit punt gerepareerde) voogdijrecht: F. SWENNEN, "Ouderlijk gezag en voogdij", *l.c.*, nr. 48.

96 Daarover S. MAERTENS, "De publiciteit van de verschillende vormen van onbekwaamheid. Pleidooi voor eenvormigheid", *De Gerechtsd.* 2001, nr. 3, 36.

97 In de wet staat ten onrechte "betekening". Zie art. 32 Ger.W.

98 De burgemeester van de verblijfplaats kan dat uiteraard niet. Kamerverslag II, 10-11.

schermde personen wier verblijfplaats niet samenviel met de woonplaats, zodat geen melding in het bevolkingsregister en het Rijksregister mogelijk was. Van de kennisgeving aan de burgemeester en de daarop volgende vermeldingen kan nooit worden afgeweken.
Ook van de maatregel van verklaring in staat van verlengde minderjarigheid wordt kennis gegeven aan de burgemeester van de woonplaats, met vermelding in het bevolkingsregister en het Rijksregister. Van de maatregelen van onbekwaamverklaring en toevoeging van een gerechtelijk raadsman wordt kennis gegeven aan de burgemeester van de verblijfplaats[99]. Het gaat om de verblijfplaats bedoeld in art. 36 Ger.W., dus niet (noodzakelijk) de plaats van inschrijving in de bevolkingsregisters[100]. De laatste twee maatregelen van onbekwaamheid vindt men niet steeds in het Rijksregister, wel steeds in het Belgisch Staatsblad.

§ 9. DOSSIER (ART. 488*BIS*, C), § 4 B.W.)

353. Naar analogie van het voogdijdossier voor de pupillen[101] die onder de gemeenrechtelijke voogdij staan, wordt voortaan naast de dossiers van de rechtspleging ook een bewindsdossier bijgehouden[102]. Dat bevat alle[103] beschikkingen, verslagen en briefwisseling inzake het voorlopig bewind alsook de naam en het adres van de vertrouwenspersoon die de beschermde persoon heeft aangewezen[104] of andere persoon of instelling die de voorlopige bewindvoerder op de hoogte moet houden van zijn handelingen. Ten slotte wordt ook de verklaring inzake de indicatieve bewindvoering erin opgenomen[105].
Volgens sommigen hebben de beschermde persoon, zijn advocaat en de voorlopige bewindvoerder toegang tot dit dossier[106].

---

99 Art. 1253 Ger.W.

100 Is het wel die plaats, dan worden de maatregelen in het bevolkingsregister vermeld op grond van art. 1, 15° K.B. 16 juli 1992 tot vaststelling van de informatie die opgenomen wordt in de bevolkingsregisters en in het vreemdelingenregister.

101 Artikel 1237 Ger.W. heeft het enkel over minderjarigen. Daarmee moeten worden gelijkgesteld: de verlengd minderjarige en de gerechtelijk onbekwaamverklaarde.

102 De naam daarvan is gewijzigd van administratief dossier via procesdossier naar dossier zonder meer. Zie Toelichting, 8; Senaatsverslag I, 22 en 24; Kamerverslag II, 22.

103 De opsomming is niet volledig. Zie ook T. DELAHAYE, *l.c.*, nr. 38.

104 De vertrouwenspersoon die de vrederechter aanwijst, is niet vermeld. Wellicht moet ook diens naam en adres worden opgenomen. Zie *infra* nr. 373.

105 Over dat soort verklaring *infra* nr. 357.

106 T. DELAHAYE, *l.c.*, nr. 38.

HOOFDSTUK IV.
ORGANISATIE VAN HET VOORLOPIG BEWIND

§ 1. DE VOORLOPIGE BEWINDVOERDER

A. Aanwijzing door de te beschermen persoon (art. 488bis, b), § 2 B.W.)

354. Voortaan heeft eenieder de mogelijkheid om een wilsverklaring af te leggen met een voorkeur over een aan te wijzen bewindvoerder mocht hijzelf niet meer in staat zijn om zijn goederen te beheren. Het gaat om een voorafgaande wilsverklaring.
Noch de wet noch de parlementaire voorbereiding verduidelijkt wie met "eenieder" is bedoeld. Wellicht zijn op de wilsverklaring de algemene toestemmings- en bekwaamheidsvereisten van toepassing. De verklaring zou enkel kunnen uitgaan van meerderjarige, bekwame en wilsgeschikte personen. Er zijn geen gronden om andere, bijvoorbeeld de testamentaire, toestemmings- en bekwaamheidsvereisten toe te passen.
De verklaring gebeurt bij notariële akte of in een proces-verbaal voor de vrederechter van de verblijfplaats en subsidiair van de woonplaats. De vrederechter mag zich ten huize begeven, ook buiten zijn kanton. Dit gebeurt op verzoek en op de kosten van de verzoeker.
Om een onduidelijke reden moet degene die de verklaring aflegt het proces-verbaal medeondertekenen[107]. Dit is noch bij de indicatieve voogdij, noch bij de aanwijzing van een opvolger door de voorlopige bewindvoerder het geval.
Oorspronkelijk waren nog bijkomende grond- en voorwaarden bepaald. Omdat die niet bestaan inzake de indicatieve voogdij, zijn ze ook hier afgeschaft[108].
De grond- en vormvoorwaarden van dit soort verklaring nemen mijns inziens niet weg dat de vrederechter met de voorkeur die buiten die voorwaarden is uitgedrukt, rekening kan houden.
De verklaring wordt opgenomen in een centraal register bij de Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat. Wellicht zal daarvoor een recht van 10 € worden geheven ten laste van de verzoeker. De oprichting, het beheer en de raadpleging van het register worden door de Koning geregeld. Er is afgesproken dat de vrederechters gratis toegang krijgen[109].

---

107 Senaatsverslag I, 19-20.
108 Toelichting, 4; Senaatsverslag I, 21.
109 Senaatsverslag I, 7 en 9.

355. De grond- en vormvoorwaarden van de verklaring zijn ook van toepassing op de herroeping en op de uitdrukking van een nieuwe voorkeur. Opnieuw moet de vrederechter rekening kunnen houden met de wilsverklaring die niet binnen die voorwaarden gebeurt.
De instrumenterende notaris of vrederechter stelt de bewaarder van de oorspronkelijke verklaring wel in kennis van de nieuwe verklaring. Die moet op de oorspronkelijke akte worden aangetekend.

356. Vooraleer de vrederechter kennisneemt van "een" verzoekschrift, consulteert de griffier het register en laat door de instrumenterende notaris of vrederechter desgevallend een eensluidend verklaard uittreksel van de verklaring overzenden. Als verzoekschrift moeten logischerwijze ook worden beschouwd, het verzoekschrift én het omstandig verslag bedoeld in de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat de mogelijkheid van de indicatieve bewindvoering niet bestaat in de gevallen waarin de vrederechter ambtshalve optreedt.
De vrederechter kan (enkel) om ernstige redenen en (uiteraard) gemotiveerd afwijken van de wilsverklaring. Dit criterium is ruimer dan hetgeen geldt inzake de indicatieve voogdij[110].

B. Aanwijzing door de voorlopige bewindvoerder in functie (art. 488bis, b), § 3 B.W.)

357. De gemeenrechtelijke indicatieve voogdij van art. 392 B.W. staat ook open voor de ouders van (kalendermeerderjarige) verlengd minderjarige kinderen. Hun belangenvereniging streefde dan ook naar een vergelijkbaar systeem inzake het voorlopig bewind. Oorspronkelijk kon bijgevolg enkel de ouder – in de definitieve tekst de vader en[111]/of de moeder – die als voorlopige bewindvoerder was aangesteld een voorkeur uitdrukken over een opvolger[112].
In de definitieve tekst is die mogelijkheid enerzijds opengetrokken naar elke naaste van de te beschermen persoon die bij voorkeur als voorlopige bewindvoerder wordt aangeduid. Anderzijds zijn de ouders voortaan overal uitdrukkelijk genoemd als betrokkenen.
De verklaring wordt afgelegd voor de bewindsrechter. Het betreffende proces-verbaal wordt niet door de bewindvoerder ondertekend. Het wordt in het bewindsdossier gevoegd.

---

110 Daarover F. SWENNEN, "Het ouderlijk gezag en de voogdij", *l.c.*, nr. 31.
111 Zie over de mogelijkheid verscheidene bewindvoerders aan te stellen *infra* nr. 360.
112 Kamerverslag I, 64.

358. De vrederechter gaat het bestaan van een verklaring na telkens hij een voorlopige bewindvoerder aanstelt ter opvolging of vervanging van de voorlopige bewindvoerder die een verklaring van voorkeur kan doen. Ook hier kan de bewindsrechter (enkel) om een ernstige reden – vgl.: ernstige reden*en* in § 2 – gemotiveerd afwijken van de uitgedrukte voorkeur.

C. Aanwijzing door de vrederechter (art. 488bis, c), § 1 B.W.)

359. Zoals inzake de gemeenrechtelijke voogdij is het altijd de vrederechter die de voorlopige bewindvoerder formeel aanwijst. Richtlijn bij die aanwijzing is, zoals onder de oude regeling, de aard en de samenstelling van de te beheren goederen en de gezondheidstoestand van de te beschermen persoon.
Als regel benoemt de bewindsrechter, zoals vermeld, de persoon waarvan sprake in de §§ 1 en 2 als voorlopige bewindvoerder.
Bij gebreke van uitgedrukte voorkeur of in geval van (een) ernstige reden(en), benoemt hij voortaan bij voorkeur de vader en[113]/of de moeder van de te beschermen persoon, de echtgenoot, de wettelijk samenwonende, de persoon met wie hij een feitelijk gezin vormt[114], een lid van de naaste familie of de vertrouwenspersoon. Hij houdt ook rekening met de suggesties in het verzoekschrift.
Met die uitgebreide lijst van voorkeur wilde de wetgever herinneren aan het beginsel van de persoonsgerichte bewindvoering.
De nieuwe lijst bevat een aantal overlappingen: ouders behoren wellicht tot de naaste familie, elk lid van de naaste familie kan wettelijk samenwonen met een te beschermen persoon en kan er uiteraard ook een feitelijk gezin mee vormen. Feitelijke gezinsvorming en vertrouwensrelatie lijken de twee doorslaggevende criteria te zijn.
Wie tot de naaste familie behoort, is niet nader bepaald. Wellicht geldt de twee gradengrens van art. 488*bis*, b), § 5, derde lid, 3. B.W. Beter had de wetgever gewoon naar een "naaste" – dat kan bijvoorbeeld ook een buurman zijn – verwezen.
Een voorstel om de vertrouwenspersoon als eerste in de lijst te plaatsen, is niet aangehouden[115]. Toch valt uit de parlementaire voorbereiding niet af te leiden dat de genoemde opsomming hiërarchisch is, zoals bijvoorbeeld in de Wet Patiëntenrechten. De vrederechter mag uiteraard de feitelijke partner verkiezen boven de ouder[116].

---

113 Zie over de mogelijkheid verscheidene bewindvoerders aan te stellen *infra* nr. 360.

114 Zie reeds Vred. Kortrijk (2), 16 augustus 1999, *R.W.* 2000-01, 667. Eerst was in het algemeen sprake van de levensgezel: Kamerverslag I, 17 en 28.

115 Senaatsverslag I, 25.

116 Vgl. inzake de uitoefening van de begrafenisrechten: Rb. Antwerpen 26 februari 1987, *T.B.B.R.* 1987, 76.

Een uitdrukkelijke (bijzondere) motiveringsplicht in geval de vrederechter afwijkt van de wettelijke voorkeur, is niet aangehouden[117]. Toch is duidelijk dat hij slechts van de voorkeur mag afwijken indien de aangeduide personen niet "*voorhanden, geschikt of bereid*" zijn[118]. Dat is bijvoorbeeld zo ingeval van een familieruzie of ingeval van therapeutische contra-indicatie[119].
Het cumulatieverbod voor bestuurders of personeel van de instelling waar de te beschermen persoon zich bevindt, is ongewijzigd behouden. Het is niet uitgebreid tot bestuurders en personeel van ambulante diensten[120]. Er is ook geen onverenigbaarheid ingevoerd met de hoedanigheid van verzoeker of van advocaat die het verzoekschrift ondertekende[121].

D. Hoeveel bewindvoerders per beschermde persoon?

360. De nieuwe wettekst verwijst tweemaal naar de vader *en/*of de moeder die als voorlopige bewindvoerder zijn aangesteld. Is (voortaan) de aanwijzing van verscheidene bewindvoerders dan mogelijk? Amendementen die dat uitdrukkelijk mogelijk maakten voor naaste familieleden, zijn afgewezen[122]. Men moet er dus van uitgaan dat de oude regeling inzake het aantal bewindvoerders blijft gelden.
Men neemt doorgaans aan dat slechts één voorlopige bewindvoerder kan worden aangesteld, althans voor dezelfde bevoegdheid. De wetgever bepaalt, net zoals inzake de gemeenrechtelijke voogdij[123], namelijk niet hoe dezelfde bevoegdheden collegiaal zouden kunnen worden uitgeoefend[124]. De aanduiding van verscheidene bewindvoerders met onderscheiden bevoegdheden moet mijns inziens wel mogelijk zijn. Te denken valt aan een familiale bewindvoerder voor het dagelijks beheer of voor bijstand[125] in de dagelijkse handelingen en een professionele bewindvoerder voor vertegenwoordiging in verdergaande handelingen.

---

117 Toelichting, 6; Kamerverslag I, 17, 22 en 23.
118 W. PINTENS en W. VAN GORP, "Zeven jaar voorlopig bewind over de goederen van meerderjarigen", *in* SENAEVE, P. (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden, o.c.*, 157, nr. 362.
119 G. STEEGEN, "Medische attesten, verslagen en expertise", *in L'administration provisoire – Voorlopige bewindvoering, o.c.*, 115.
120 Kamerverslag I, 17.
121 Toelichting, 6. De vrees bestond dat advocaten uit eigenbelang de toevoeging van zichzelf als voorlopige bewindvoerder zouden vorderen.
122 Senaatsverslag I, 21, 23, 25 en 34-35. Vgl. ook Wetsvoorstel-de Clippele tot wijziging van artikel 488*bis* van het Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van een artikel 488*ter* in hetzelfde Wetboek, *Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-417.
123 F. SWENNEN, "Het ouderlijk gezag en de voogdij", *l.c.*, nr. 39.
124 Hierover K. OOSTERLINCK, *l.c.*, 14.
125 Over de mogelijkheid daartoe *infra* nr. 380.

Sommigen schijnen de voorlopige bewindvoerder *ad hoc* ook als "tweede bewindvoerder" te beschouwen[126].

E. Hoeveel beschermde personen per bewindvoerder?

361. De nieuwe wettekst bevat de ongewijzigde zinsnede dat de Koning de uitoefening van de functie van voorlopige bewindvoerder afhankelijk kan maken van bepaalde voorwaarden onder meer om het aantal personen te beperken voor wie een voorlopige bewindvoerder de goederen dient te beheren. Met die mogelijkheid heeft de Koning (nog) niets gedaan.

362. Sommige vrederechters hebben onmiddellijk na de inwerkingtreding van de Wet Voorlopig Bewind en ook later systematisch dezelfde professionele bewindvoerder aangewezen over alle beschermde personen in hun kanton. In die gevallen ging het dikwijls om de algemene voorlopige bewindvoerder uit de oude Krankzinnigenwet. Die groepering van honderden dossiers bij één advocaat viel de vrederechter niet steeds te verwijten. In vele gevallen verzochten familieleden van voorheen gecolloceerde patiënten naar aanleiding van de vervanging van het bewind niet om hun aanstelling[127].

363. Toch schijnen sommige vrederechters ook buiten die omstandigheden te volharden in de boosheid. Om die reden hebben verscheidene fracties voorgesteld rechtstreeks in de wet een lineaire beperking van aantal boedels tot twintig in te schrijven[128].
Uiteindelijk zijn die voorstellen – mijns inziens terecht – niet aangehouden[129].
Men wil het aantal mandaten per bewindvoerder beperken om een gepersonaliseerd beheer mogelijk te maken. Die bekommernis is terecht. Toch is een *lineaire* beperking niet noodzakelijk doelmatig. Veeleer zou men het totale aantal verrichtingen en de moeilijkheidsgraad daarvan moeten verrekenen dan het aantal mandaten. Zo'n verrekening is rechtvaardiger maar ook moeilijker. Daarom werd volstaan met de invoering van een aantal andere maatregelen die een gepersonaliseerd beheer moeten waarborgen. Het komt de vrederechter toe te toetsen of daaraan door de voorlopige bewindvoerder kan worden voldaan[130].

---

126 W. PINTENS en W. VAN GORP, *l.c.*, nr. 188.
127 M. VERRYCKEN, *l.c.*, 119.
128 Kamerverslag I, 18 en 24-25.
129 Over voor deze discussie in het algemeen: Kamerverslag I, 6 en 30-34; Senaatsverslag I, 5; Kamerverslag II, 18-19.
130 Kamerverslag I, 25-26, 29 en 58-59.

In sommige gevallen is het zelfs aangewezen een zekere specialisatie toe te laten[131]. Zo'n specialisatie biedt bijvoorbeeld als voordelen dat de beheerskosten per mandaat kunnen dalen, dat de vrederechter de uniforme verslagen beter kan controleren en dat de gespecialiseerde bewindvoerder zich kan laten bijstaan. Te denken valt aan een maatschappelijk assistent(e) die een spreekuur in een psychiatrische instelling houdt en daarvan verslag uitbrengt aan de voorlopige bewindvoerder[132].

F. De duur van het mandaat

364. Principe 14.1 van Aanbeveling R(99)4 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa inhoudende *Principes concernant la protection juridique des majeurs incapables* vereist een periodieke toetsing van elke maatregel van onbekwaamheid[133].
Het wetsvoorstel voorzag in die zin in een maximale duur van het mandaat van de bewindvoerder van tien jaar. Na die (of een kortere periode) moest de verlenging worden aangevraagd. Bij gebreke daarvan zouden de bevoegdheden van de voorlopige bewindvoerder automatisch met (per?) drie maanden worden verlengd onder zijn verantwoordelijkheid[134].
De voorgestelde regeling was onduidelijk en ondoelmatig. Zowel de uitwerking van de maximale duur, de verlenging ervan en de overgangsregeling gaf enerzijds aanleiding tot heel wat rechtsonzekerheid, bijvoorbeeld op het vlak van publiciteit. Anderzijds is een periode van tien jaar toch vrij lang als periodieke toetsing. Om die redenen werd de verplichte tijdsbeperking afgevoerd[135]. Een poging om ze in een tweede bespreking terug in te voeren, is ingetrokken[136].
Dit laat beschermde personen niet zonder waarborgen. De periodieke toetsing wordt ook bereikt via het jaarlijkse verslag van de bewindvoerder. Bovendien is er een grote groep van personen die om de opheffing of de wijziging van het bewind kan verzoeken. Ten slotte kan de vrederechter het mandaat van de voorlopige bewindvoerder hoe dan ook nog facultatief in tijd beperken, zij het met een verhoging van zijn werklast tot gevolg[137].

---

131 Kamerverslag I, 28-29; Senaatsverslag I, 5. Voorts E. DIERICKX, "Enkele praktische beschouwingen van een voorlopige bewindvoerder", *in L'administration provisoire – Voorlopige bewindvoering*, *o.c.*, 53.
132 Daarover C. MEULEMAN, *l.c.*
133 http://cm.coe.int/ta/rec/1999/f99r4.htm Zie ook het *Rapport Explicatif*, nrs. 56-58.
134 Hierover Toelichting, 9 en 19; Kamerverslag I, 6.
135 Kamerverslag I, 71; Senaatsverslag I, 36. Voorts amendement nr. 94 van de Regering, *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/6.
136 Kamerverslag II, 11-12.
137 A. PHILIPS, *l.c.*, 82.

G. De bezoldiging (art. 488bis, h), § 1 B.W.)

365. De oude regeling voorzag in een maximale *vergoeding* van de bewindvoerder van drie procent van de inkomsten van de beschermde persoon, meer een *vergoeding* in verhouding tot de vervulde buitengewone ambtsverrichtingen. In de Franse tekst was sprake van een *rémunération*. Naar aanleiding daarvan rees de vraag of in de vergoeding van de voorlopige bewindvoerder de gewone beheerskosten waren begrepen[138], dan wel of die als zuivere bezoldiging moest worden beschouwd waarbovenop nog een onkostenvergoeding kwam[139].

366. De wetgever heeft dat nu verduidelijkt en aangevuld.
De maximale drie procent waarvan sprake is een zuivere bezoldiging[140]. Voortaan bepaalt de vrederechter die pas na de overlegging van het jaarlijkse verslag[141]. De drie procent wordt enkel berekend op de inkomsten en niet op de verwerving van kapitalen, bijvoorbeeld de verkoop van een huis[142]. Voor buitengewone ambtsverrichtingen kan wel nog steeds een buitengewone *bezoldiging* worden toegekend, na overlegging van de staten[143].
Naast de genoemde bezoldigingen mag de voorlopige bewindvoerder geen enkele bezoldiging of voordeel, van welke aard of van wie ook ontvangen met betrekking tot zijn mandaat. Bedoeld zijn bijvoorbeeld syndicalisatiepremies die door een bank worden toegekend bij de opening van een beheersrekening op naam van de voorlopige bewindvoerder met rubrieken per mandaat[144]. Ook de commissies op een raamovereenkomst voor individuele rekeningen op naam van de beschermde personen in het zogenaamde "Systeem I"[145] vallen onder het verbod. Niet bedoeld zijn giften door de beschermde persoon zelf[146].
De ontvangst van andere bezoldigingen of voordelen wordt niet bijzonder bestraft.

367. Daarboven worden ook de gewone én buitengewone beheerskosten vergoed, voortaan na behoorlijk nazicht door de vrederechter. Het gaat

---

138 Bijvoorbeeld in die zin W. PINTENS en W. VAN GORP, *l.c.*, nrs. 387-88; K. OOSTERLINCK, *l.c.*, 18.

139 In die zin bijvoorbeeld X. "Proposition de tarification des honoraires et frais des avocats administrateurs provisoires de biens", *J.T.* 2002, 548-49.

140 Senaatsverslag I, 44-45.

141 Over dat verslag *infra* nr. 424.

142 T. DELAHAYE, *l.c.*, nr. 54.

143 Voor een aantal voorbeelden T. DELAHAYE, *l.c.*, nr. 57.

144 Toelichting, 11. Voorts M. VERRYCKEN, *l.c.*, 119.

145 W. BERNRATH, "Het beheer van rekeningen van derden ('Systeem I'): een taak voor de OCMW-ontvanger?", *T. Ontv.* 2001, nr. 3, p. 39 e.v.

146 Daaraan is nochtans wel gedacht. Zie *infra* nr. 396.

om kosten voor briefwisseling, telefoons, verplaatsingen, de uurvergoeding bij bezoeken en dergelijke meer In sommige gerechtelijke arrondissementen zijn daarvoor in overleg tussen de vrederechters en de advocaten forfaits uitgewerkt[147].

368. Voor de beschermde persoon is de nieuwe regeling slecht nieuws. Op de lage inkomens gaat nog meer verloren terwijl de hoge inkomens verhoudingsgewijs te veel zullen betalen. Voor beide groepen van inkomens worden best forfaits bepaald, zowel voor de bezoldiging als voor de kosten[148].
Hoe dan ook geldt de drie procent als maximum, niet als minimum. Bovendien is de toekenning van een bezoldiging facultatief.

H. Het ontslag (art. 488bis, d) B.W.)

369. De principes blijven ongewijzigd. Omdat de initiële procedure tegensprekelijk wordt, is in art. 488*bis*, d) B.W. nu wel bepaald dat het verzoek tot ontslag bij eenzijdig verzoekschrift wordt ingediend, ondertekend door de verzoeker of zijn advocaat.
De voorlopige bewindvoerder wordt nog steeds verplicht gehoord of opgeroepen. Die oproeping kan bij gebreke van uitdrukkelijke bepaling met toepassing van art. 46 Ger.W. niet bij gerechtsbrief gebeuren[149]. De voorlopige bewindvoerder wordt dus niet automatisch partij in het geding[150] dat eventueel leidt tot zijn ontslag.

§ 2. DE VOORLOPIGE BEWINDVOERDER *AD HOC*

370. Ook in de nieuwe regeling kan de voorlopige bewindvoerder krachtens een bijzondere machtiging van de vrederechter toch zelf optreden als zijn belangen in strijd zijn met die van de beschermde persoon. Een voorstel tot verplichte aanduiding van een voorlopige bewindvoerder *ad hoc* in zo'n gevallen is niet aangehouden.

---

147 X. "Proposition de tarification des honoraires et frais des avocats administrateurs provisoires de biens", *J.T.* 2002, 548-49. Zie ook de voorbeelden bij T. DELAHAYE, *l.c.*, nr. 55.

148 Zie overigens de discussie in Kamerverslag II, 15-20, in verband met een soort *pro Deo*-systeem van bezoldiging ten laste van de FOD Sociale Zaken. Daarover ook T. DELAHAYE, *l.c.*, nr. 56.

149 Dat was nochtans wel voorgesteld. Senaatsverslag I, 27.

150 Dat gebeurt enkel ingeval van oproeping bij gerechtsbrief. *Supra* nr. 344.

Toch duidden sommige vrederechters soms toch een voorlopige bewind voerder *ad hoc* aan[151]. Die aanduiding blijft mogelijk[152].

§ 3. DE BIJZONDERE BEWINDVOERDER (ART. 488*BIS*, F), § 3, LAATSTE LID B.W.)

371. Voortaan kan de rechtbank van koophandel, op verzoek van de vrederechter, een bijzondere bewindvoerder aanstellen die de handelszaak van de beschermde persoon onder het toezicht van de voorlopige bewindvoerder zal voortzetten. Daarover *infra* nr. 420.

§ 4. DE VERTROUWENSPERSOON (ART. 488*BIS*, B), § 4, EN D) B.W.)

A. Begrip

372. In de oude regeling werd de vertrouwenspersoon enkel genoemd als een van de personen die bij voorrang als voorlopige bewindvoerder worden aangeduid. Met vertrouwenspersoon werd bedoeld: de vertrouwenspersoon die de geesteszieke in het raam van de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke bijstaat.
Het was de bedoeling de functie van de vertrouwenspersoon op te waarderen en hem als tussenpersoon te laten fungeren tussen de beschermde persoon, de voorlopige bewindvoerder en de vrederechter. Enerzijds kan hij daardoor de vertrouwensrelatie tussen de beschermde persoon en de voorlopige bewindvoerder ondersteunen. Anderzijds kan hij klokkenluider zijn als het misloopt in die relatie. Zijn bevoegdheden zijn daarop afgestemd. In die zin is de vertrouwenspersoon een soort van toeziend bewindvoerder[153]. Dat zijn aanwijzing slechts zin heeft voor zover de beschermde persoon "*nog interactief is*"[154], is dus hoegenaamd niet juist. De wet bepaalt dan ook dat de te beschermen persoon het recht heeft zich voor de duur van het voorlopig bewind te laten bijstaan door een vertrouwenspersoon.

---

151 Bijvoorbeeld Vred. Jumet 14 november 1994, *J.T.* 1995, 323; Vred. Leuven (2), 15 december 1997, 1089. Hierover ook K. OOSTERLINCK, *l.c.*, 16.
152 Senaatsverslag I, 32.
153 Over dit alles Kamerverslag I, 6-7; Senaatsverslag I, 5 en 7.
154 Kamerverslag I, 65.

De voornemens om te definiëren wat een vertrouwenspersoon is en de betreffende bepalingen te groeperen[155], zijn niet uitgevoerd.
In de parlementaire voorbereiding valt hierover terug te vinden dat de vertrouwenspersoon een soort van "sociale advocaat" is uit de naaste omgeving van de beschermde persoon. Hij kent en begrijpt diens leefwereld en kan daardoor ook in het belang van de beschermde persoon spreken en zijn noden vertalen. In zekere zin moet hij het zakelijke beheer door de voorlopige bewindvoerder (laten) personaliseren[156].
Eenvoudigweg zeggen dat het persoon is die men vertrouwt, is niet juist. Niet alle personen die men vertrouwt kunnen vertrouwenpersoon worden, terwijl een vertrouwenspersoon ook plaatsvervangend kan worden aangewezen.

B. Aanwijzing

373. De aanwijzing van de vertrouwenspersoon is onduidelijk geregeld. Artikel 488*bis*, b), § 4, eerste lid B.W. bepaalt dat de bijstand gebeurt door een vertrouwenspersoon die is aangewezen door de te beschermen (of beschermde) persoon zelf of door de vrederechter als de te beschermen (of beschermde) persoon er zelf geen aanwijst en indien nodig. *Nodig* betekent mijns inziens niet noodzakelijk dat controle op de voorlopige bewindvoerder nodig is. In dat geval wijst de vrederechter best een andere bewindvoerder of controleur[157] aan. Nodig kan ook betekenen dat tussen de voorlopige bewindvoerder en de beschermde persoon, gezien diens toestand, een 'tolk' nodig is.
Naar luid van het tweede lid gebeurt de (eigenlijke?) aanwijzing door een verzoek daartoe (lees: tot aanwijzing) gericht aan de vrederechter, bij de aanvang van het bewind of in de loop ervan. Het verzoek kan uitgaan van de te beschermen (of beschermde) persoon of van een derde, in het belang van de te beschermen (of beschermde) persoon. Er is geen enkele vorm voor bepaald.
Hieruit vloeit ten eerste voort dat de vrederechter nooit ambtshalve een vertrouwenspersoon kan aanwijzen: iemand moet erom verzoeken. Ten tweede moet de te beschermen (of beschermde) persoon blijkbaar een verzoek doen tot aanwijzing van de door hem reeds aangewezen vertrouwenspersoon.
De vrederechter moet die aanwijzing in elk geval bevestigen.
Naar luid van de wettekst kan de vrederechter niet weigeren de vertrouwenspersoon naar keuze van de te beschermen (of beschermde) persoon

155 Kamerverslag I, 36-37.
156 Kamerverslag I, 65 en 66.
157 Over de andere controleurs: *infra* nr. 378.

aan te wijzen. Hij kan wel te allen tijde in het belang van de beschermde persoon beslissen dat de vertrouwenspersoon zijn functie niet meer kan uitoefenen. Die mogelijkheid moet hij logischerwijze ook hebben vooraleer die persoon zijn opdracht aanvat. Er valt te denken aan de hypothese waarin een psychiatrische patiënt als vertrouwenspersoon zou willen aanwijzen, een kamergenoot waarvan bepaald niet valt te verwachten dat die in zijn belang zal handelen.
Overigens gelden geen onverenigbaarheden. Voorstellen tot uitbreiding van de onverenigbaarheden om voorlopige bewindvoerder te worden, zijn afgewezen[158]. De vertrouwenspersoon kan dus, bij gebreke van familie, een personeelslid zijn van de instelling of voorziening waar de beschermde persoon verblijft. Ook de verzoeker of de advocaat van de beschermde persoon komen in aanmerking.
De naam en het adres van elke vertrouwenspersoon worden opgenomen in het bewindsdossier[159].

C. Opdracht

374. De bevoegdheden en opdrachten van de vertrouwenspersoon zijn achtvoudig:
- hij kan de te beschermen persoon bijstaan in diens verhoor over de beslissing tot toevoeging van een voorlopige bewindvoerder (art. 488*bis*, b), § 7, tweede lid B.W.);
- bij voorkeur wordt hij zelf aangeduid als voorlopige bewindvoerder (art. 488*bis*, c), § 1 B.W.);
- in dat geval kan hij via de indicatieve bewindvoering een voorkeur over een opvolger uitdrukken (art. 488*bis*, b), § 3 B.W.);
- bij gebreke van aanduiding wordt hij bij gerechtsbrief op de hoogte gebracht van de aanduiding van een andere voorlopige bewindvoerder (art. 488*bis*, c), § 1 B.W.);
- hij moet, als belanghebbende, de vrederechter verzoeken de beschikking te herzien als hij vaststelt dat de voorlopige bewindvoerder tekortschiet in de uitoefening van zijn taak (art. 488*bis*, b), § 4, derde lid B.W.). Dat komt hij te weten door de volgende bevoegdheden:
- hij is bestemmeling van het aanvangsverslag, de jaarlijkse verslagen en het eindverslag van de voorlopige bewindvoerder (art. 488*bis*, c), §§ 2 en 3 B.W.);
- de voorlopige bewindvoerder houdt hem in bijzondere omstandigheden in plaats van de beschermde persoon op de hoogte van de handelingen die hij stelt en pleegt regelmatig overleg met hem over het bewind in

[158] Kamerverslag I, 6, 21 en 65-66. Voor een kritiek daarop: T. DELAHAYE, *l.c.*, nr. 66.
[159] Over dat dossier *supra* nr. 353.

het algemeen en over de sommen die hij ter beschikking stelt van de beschermde persoon in het bijzonder (art. 488*bis*, c), § 3 en f), §§ 1 en 5 B.W.);
– desgevallend zou de voorlopige bewindvoerder de vertrouwenspersoon kunnen belasten met aspecten van het dagelijks beheer, met toepassing van art. 488*bis*, f), § 1, tweede lid B.W. naar luid waarvan de voorlopige bewindvoerder zich kan laten bijstaan in zijn beheer[160].

D. Ontslag

375. De beschermde persoon kan op elk ogenblik afzien van de bescherming van een door hem aangewezen vertrouwenspersoon of een andere vertrouwenspersoon aanwijzen. Hij heeft die mogelijkheid dus niet als de keuze van de vertrouwenspersoon op verzoek van een derde door de rechter gebeurde[161].
De afstand kan op twee wijzen gebeuren. Ofwel stuurt de beschermde persoon een gewone brief aan de vrederechter en aan de voorlopige bewindvoerder. Ofwel doet hij mondeling afstand voor de vrederechter, waarvan akte – geen proces-verbaal – wordt opgesteld die in afschrift aan de voorlopige bewindvoerder wordt gestuurd. Volgens de tekstschikking wordt enkel de tweede melding – beide meldingen zijn bedoeld – in het bewindsdossier opgenomen. Wie de ontslagen vertrouwenspersoon op de hoogte brengt, is niet bepaald.

376. De vrederechter kan ook ambtshalve, op het verzoek van de voorlopige bewindvoerder of van de procureur des Konings in het belang van de beschermde persoon beslissen dat de vertrouwenspersoon zijn functie niet meer kan uitoefenen. De gronden tot ontzetting van de gemeenrechtelijke voogd gelden daarbij als maatstaf[162]. Deze beslissing kan ook de vertrouwenspersoon betreffen die de vrederechter zelf op verzoek van een derde heeft aangewezen. Het verzoek tot diens ontslag kan niet uitgaan van de beschermde persoon.
Wellicht is op dit verzoek de eenzijdige procedure van toepassing, bedoeld in art. 488*bis*, d), tweede lid B.W. Van de oproeping van de vertrouwenspersoon is daarin geen sprake.

377. De wet bepaalt niet of de vertrouwenspersoon zelf ontslag kan nemen en hoe hij dat desgevallend doet. Naar analogie van het ontslag gegeven door de beschermde persoon lijkt een eenvoudige brief aan de vrederech-

---

160 Vgl. Toelichting, 9.
161 Er is niet geantwoord op de opmerking van de wetgevingstechnische dienst die hierop betrekking had. Kamerverslag I, 66-67.
162 Kamerverslag I, 66.

ter, de voorlopige bewindvoerder en de beschermde persoon te kunnen volstaan.
Merkt de voorlopige bewindvoerder dat de contacten tussen de vertrouwenspersoon en de beschermde persoon verwateren, dan kan hij wellicht het ontslag overeenkomstig vorig randnummer uitlokken.

§ 5. DE "ANDERE PERSOON OF INSTELLING" (ART. 488*BIS*, C), § 3, LAATSTE LID B.W.)

378. Als regel blijft behouden dat de voorlopige bewindvoerder de beschermde persoon op de hoogte brengt van de handelingen die hij verricht. In bijzondere omstandigheden kan hij daarvan worden vrijgesteld. Onder de oude regeling gold die vrijstelling hetzij zonder meer hetzij onder het bevel ieder ander persoon die de vrederechter aanwees, te informeren.
Voortaan geldt in geval van vrijstelling in hoofdorde een informatie*plicht* tegenover de vertrouwenspersoon. Bij ontstentenis dáárvan *kan* de vrederechter "*een andere persoon of instelling aanwijzen die door de voorlopige bewindvoerder op de hoogte moet worden gebracht*".
Oorspronkelijk waren de bevoegdheden van de "andere persoon of instelling", bij ontstentenis van een vertrouwenspersoon, veel ruimer. Hij was bestemmeling van het aanvangsverslag, van de jaarlijkse verslagen en van de eindrekening van de voorlopige bewindvoerder. Op die wijze kon een bekende van de beschermde persoon de waarachtigheid van die verslagen alsnog controleren[163]. Deze ruimere bevoegdheden zijn niet aangehouden omdat ze geen zin zouden hebben[164]. De privacy van de beschermde persoon zou erdoor worden geschonden. Ten slotte komt het de neutraliteit van de instelling waar de beschermde persoon verblijft niet te goede, als die zicht heeft op de gehele vermogenstoestand[165]. De waarborgen die hierdoor voor de beschermde persoon verloren gaan, worden deels opgevangen door de mogelijkheid tot aanstelling van een vertrouwenspersoon op verzoek van een derde.

---

163 Toelichting, 7.
164 Senaatsverslag I, 26-27.
165 Kamerverslag II, 9.

HOOFDSTUK V.
DE WERKING VAN HET VOORLOPIG BEWIND

§ 1. VERTEGENWOORDIGING, BIJSTAND EN MACHTIGING

379. Behoudens andersluidende aanwijzingen vertegenwoordigt de voorlopige bewindvoerder de beschermde persoon in alle rechtshandelingen en procedures als eiser en verweerder. Die regel blijft ongewijzigd.
Onder de oude regeling bestond er discussie over het antwoord op de vraag of een andersluidende aanwijzing ook kon zijn: de beperking van het voorlopig bewind tot een regime van bijstand. Naar mijn oordeel kon ook zo'n regime worden geformuleerd, eventueel zelfs gecombineerd met een regime van vertegenwoordiging[166]. Bepaalde rechtspraak deed dat ook[167]. Andere auteurs verzetten zich tegen de formulering van het bewind als bijstand[168]. Hun bezwaren waren in hoofdzaak gegrond op de duidelijke wettekst: de voorlopige bewindvoerder *beheert* de goederen van de beschermde persoon en *vertegenwoordigt* hem.

380. De wetgever heeft deze discussie nu beëindigd door uitdrukkelijk te voorzien in de mogelijkheid het voorlopig bewind (deels) te beperken tot een regime van bijstand. Voortaan heeft de voorlopige bewindvoerder tot taak de goederen van de beschermde persoon als een goed huisvader te beheren *of*[169] hem in dat beheer bij te staan. De vrederechter kan bovendien de handelingen of categorieën van handelingen aanwijzen die de beschermde persoon maar kan stellen met bijstand van zijn voorlopige bewindvoerder (art. 488*bis*, f), § 1, eerste lid en § 2, B.W.).
De beschermde persoon laten bijstaan is een meer proportionele oplossing dan hem te laten vertegenwoordigen[170]. Veeleer dan een ongebreidelde uitbreiding van het toepassingsgebied van het voorlopig bewind[171], wordt het bestaande toepassingsgebied verder verfijnd.

---

166 F. SWENNEN, *o.c.*, nr. 261.

167 Bijvoorbeeld Rb. Brussel 9 mei 2000, *J.T.* 2000, 809; Vred. Kortrijk (2), 4 maart 1992, *R.W.* 1992-93, 370; Vred. Leuven (2), 1 april 1994, *Vl. T. Gez.* 1994-95, 259; Vred. Brakel 7 maart 1997, *T. Vred.* 1998, 351, noot S. MOSSELMANS, "Voorlopig bewind – verkwisters en bijstandsregeling".

168 Bijvoorbeeld P. MARCHAL, *o.c.*, nr. 313-4°; P. SENAEVE, *o.c.*, nr. 685.

169 Of in *of* ook *en* ligt vervat, is vatbaar voor discussie. K. HENDRICKX, "En/of!", *A.J.T.* 2000-01, 611.

170 F. SWENNEN, *o.c.*, nr. 261.

171 T. DELAHAYE, *l.c.*, nrs. 6 en 13.

Met de mogelijkheid tot bijstand wordt geen nieuw soort statuut van onbekwaamheid gecreëerd[172]. Dit betekent dat de algemene beginselen inzake bijstand door een gerechtelijk raadsman van toepassing zijn. Van het voorlopig bewind zijn alle regels behalve die inzake de vertegenwoordiging van toepassing.
Onder de oude regeling rees in dat verband ten eerste de vraag of de bewindvoerder machtiging behoefde om *bijstand* te verlenen voor de machtigingbehoevende handelingen bedoeld in art. 488*bis*, f), § 3, tweede lid B.W. Eén auteur[173] en één beschikking[174] brachten mij ertoe[175] die vraag ten onrechte positief te beantwoorden. Het machtigingsvereiste geldt enkel wanneer de voorlopige bewindvoerder de beschermde persoon *vertegenwoordigt*. Het systeem van bijstand is niet verenigbaar met een systeem van machtiging[176]. Als regel veronderstelt bijstand dus geen rechterlijke tussenkomst. Dat is enkel anders bij de sluiting van een huwelijkscontract[177].
Ten tweede is de vrederechter bij de uitwerking van een regime van bijstand niet gebonden door de dwingende opsomming van rechtshandelingen in de art. 513 B.W. en 1247 Ger.W. Ook een regime van bijstand kan op maat worden gemaakt[178].

381. De nieuwe regeling bevat nog een nieuwigheid. In sommige gevallen kan het aangewezen zijn de voorlopige bewindvoerder te belasten met een algemene opdracht, met name wanneer ondoordachte handelingen van de beschermde persoon vallen te verwachten. Dat neemt niet weg dat die persoon voor welbepaalde handelingen best wilsgeschikt kan zijn. Hem enkel die handelingen rechtsgeldig laten stellen, kon tot nu toe via twee wegen. Ofwel moest met de voorlopige bewindvoerder worden afgesproken dat die de nietigheid zou bevestigen (na machtiging) of minstens de nietigheid niet zou vorderen. Ofwel moest de vrederechter zijn basisbeschikking aanpassen en een aantal welbepaalde rechtshandelingen op limitatieve wijze uit de opdracht van de voorlopige bewindvoerder lichten. Eenvoudiger is de beschermde persoon rechtstreeks te machtigen[179] een welbepaalde handeling te stellen na een controle van diens wilsgeschiktheid. Dat

---

172 F. SWENNEN, *o.c.*, nr. 262.
173 E. VIEUJEAN, "Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens", *T.B.B.R.* 1993, 5, nr. 41.
174 Vred. Brakel 7 maart 1997, *T. Vred.* 1998, 351, noot S. MOSSELMANS.
175 F. SWENNEN, *o.c.*, nr. 262.
176 Over beide systemen F. SWENNEN, *o.c.*, nrs. 423-433.
177 Daarover *infra* nrs. 398 e.v.
178 F. SWENNEN, *o.c.*, nr. 262.
179 Sommige auteurs zijn nochtans van oordeel dat een machtiging enkel een controlemaatregel is inzake het beheer van andermans vermogen en nooit inzake het eigen vermogen. M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND en F. BUYSSENS, "Overzicht van rechtspraak giften 1993-1998", *T.P.R.* 1999, 779, nr. 35. Zie nochtans art. 1397, tweede lid B.W.

systeem is nu aangehouden inzake giften. Het verdient zeker aanbeveling het uit te breiden tot andere handelingen[180].

§ 2. BEKWAAMHEID VAN DE BESCHERMDE PERSOON

A. Algemeen (art. 488bis, i) B.W.)

382. De (mate van) onbekwaamheid van de beschermde persoon is nergens uitdrukkelijk bepaald. De enige – ongewijzigde – aanwijzing daarvoor is art. 488*bis*, i) B.W. Naar luid van die bepaling zijn (enkel) nietig, de handelingen die de beschermde persoon verricht in materies waarvoor de voorlopige bewindvoerder bevoegd is (art. 488*bis*, f), B.W.). Die bepaling levert geen probleem op wanneer de bevoegdheden van de voorlopige bewindvoerder limitatief zijn omschreven of een aantal (categorieën) van handelingen limitatief uit die bevoegdheid is gelicht. In die gevallen is de beschermde persoon onbekwaam naar de mate waarin de voorlopige bewindvoerder bevoegd is.
Welke is de (on)bekwaamheid van de beschermde persoon als de voorlopige bewindvoerder een algemene vertegenwoordigingsopdracht heeft? Bepaalde rechtsleer en rechtspraak gaan ervan uit dat de beschermde persoon in dat geval nooit algemeen (vermogensrechtelijk) onbekwaam wordt. Hij zou enkel onbekwaam worden voor alle (vermogensrechtelijke) handelingen die vatbaar zijn voor vertegenwoordiging (door de voorlopige bewindvoerder)[181]. Problematisch is wel dat uit die opvatting ook een persoonsrechtelijke onbekwaamheid voortvloeit, namelijk voor die persoonsrechtelijke handelingen waarvoor de voorlopige bewindvoerder uitzonderlijk vertegenwoordigingsbevoegd wordt geacht[182]. Belangrijker is de weerslag van deze stelling op de bekwaamheid om giften te doen[183].
Naar mijn oordeel valt uit de parlementaire voorbereiding af te leiden dat de beschermde persoon algemeen vermogensrechtelijk onbekwaam wordt in geval de voorlopige bewindvoerder een algemene opdracht krijgt[184]. Eén

---

180 F. SWENNEN, *o.c.*, nrs. 451-54.

181 Bijvoorbeeld P. SENAEVE, *o.c.*, nr. 699; W. PINTENS en W. VAN GORP, *l.c.*, nr. 366: "De beschermde persoon wordt niet van rechtswege door een algemene onbekwaamheid getroffen, hij wordt slechts onbekwaam in de mate dat de bewindvoerder bevoegdheden bekomt", maar nr. 379: "Meestal zal de beschermde persoon getroffen worden door een volledige handelingsonbekwaamheid".

182 Voor een opsomming van die handelingen *supra* nr. 320.

183 Ik bespreek die *infra* nrs. 383 e.v.

184 F. SWENNEN, *o.c.*, nr. 260 en de verwijzingen aldaar. Ook in die zin J. GERLO, *o.c.*, nr. 898; T. DELAHAYE, *l.c.*, nr. 13.

auteur verdedigt zelfs een algemene onbekwaamheid die ook de persoonsrechtelijke aangelegenheden betreft[185].
Hoe dan ook had de wetgever op dit punt beter duidelijkheid geschapen. De (algemene of bijzondere) onbekwaamheid van de beschermde persoon is volledig wanneer hij wordt vertegenwoordigd en beperkt wanneer hij met de bijstand van de bewindvoerder nog zelf optreedt.

B. Giften (art. 488bis, h), § 2 B.W.)

383. Onder gelding van de oude regeling is een enorme discussie ontstaan over het antwoord op de vraag of de beschermde persoon nog giften kan doen als de voorlopige bewindvoerder een algemene vertegenwoordigingsopdracht heeft (dan wel een bijzondere opdracht van vertegenwoordiging die de vervreemding van goederen insluit). Daarover bestonden in hoofdzaak drie strekkingen[186].
Een eerste strekking[187] zag de (on)bekwaamheid van de beschermde persoon altijd als pendant van de bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder. Als regel kan die de beschermde persoon in zijn hoedanigheid van bewindvoerder niet vertegenwoordigen om een gift te doen, zodat de beschermde persoon daarvoor altijd volledig bekwaam blijft. De beschermde persoon kan dus, zelfs bij leven, zijn goederen niet om baat maar wel om niet vervreemden.
Om reden van die inconsistentie nuanceerde een tweede strekking de eerste. Ook deze tweede strekking[188] gaat ervan uit dat de onbekwaamheid van de beschermde persoon het pendant is van de bevoegdheid van de bewindvoerder. De aldus bekomen restbekwaamheid van de beschermde persoon voor giften moet echter zonder invloed blijven op de bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder. Om die reden is de beschermde persoon onbekwaam om schenkingen te doen met uitwerking vóór het overlijden. Wie zichzelf niet om baat mag schaden, mag dat zeker niet om niet. Bovendien mag enkel de voorlopige bewindvoerder goederen (enkel om baat) vervreemden. In deze strekking blijft de beschermde persoon

---

185 A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Mechelen, Kluwer, 2002, nr. 312.

186 Daarover in het algemeen F. SWENNEN, *o.c.*, nrs. 351-354; P. DELNOY, "Les libéralités sous leurs aspects civils", in *Libéralités, successions légales, partages et droits de succession*, Formation Permanente CUP, 1999, p. 15-21 ; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers, 2002, nrs. 944-947 en 1407. T. DELAHAYE, *l.c.*, acht de beschermde persoon eerst niet (nr. 16), dan wel (nr. 23) bekwaam.

187 Bijvoorbeeld H. CASMAN, "Voorlopig bewind over de goederen van een (geestes)ziek persoon", *in* G. BAETEMAN (ed.), *Het nieuwe statuut van de (geestes)zieken*, Brussel, Story, 1992, p. 107, nr. 41.

188 Bijvoorbeeld W. PINTENS en A. VERBEKE, *l.c.*, nr. 38; P. MARCHAL, *o.c.*, nrs. 335-37.

bekwaam voor testamenten en voor schenkingen met uitwerking na het overlijden.
Een derde strekking[189] leidde uit de algemene opdracht voor de voorlopige bewindvoerder een algemene onbekwaamheid van de beschermde persoon af. Die wordt dus onbekwaam voor om het even welke gift, zowel deze met uitwerking bij leven als die met uitwerking na het overlijden.

384. In de rechtspraak heerste de grootste verwarring. Sommige vrederechters creëerden een soort van voorwaardelijke testamentaire bekwaamheid, met een verplichte tussenkomst van de vrederechter, de bewindvoerder en een notaris. Dit was volstrekt onwettelijk[190].

385. De wetgever heeft voor die problemen nu voorzien in een oplossing. Uitgangspunt is de principiële onbekwaamheid van de beschermde persoon onder een algemeen bewind[191] voor alle schenkingen en uiterste wilsbeschikkingen[192]. Onder uiterste wilsbeschikking moet naast het testament blijkbaar worden verstaan, elke gift die slechts na het overlijden uitwerking zal hebben[193].
Nu is een volstrekt verbod om giften te doen bepaald geen noodzakelijke en proportionele uitzondering op het recht om over eigendom te beschikken, zoals voorzien in art. 1, eerste lid van het Eerste Protocol bij het E.V.R.M. Zelfs al is het zinvol een principiële onbekwaamheid te behouden, dan behoort daarvan *ad hoc* te kunnen worden afgeweken in het geval

---

189 Bijvoorbeeld M. COENE, *Comm. Erf.*, Art. 902, nr. 10; F. SWENNEN, *o.c.*, nr. 352.

190 *Onvoorwaardelijke bekwaamheid tot testeren*: Luik 8 februari 1999, *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 773; Rb. Antwerpen 2 juni 1998, *T.B.B.R.* 2000, 106; Rb. Nijvel 3 december 1998, *J.L.M.B.* 1999, 814; Rb. Nijvel 13 juni 2001, *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 781; Vred. Zinnik 22 februari 1999, *J.L.M.B.* 1999, 818, noot P. DELNOY, "De la capacité d'une personne pourvue d'un administrateur provisoire de faire un testament"; Vred. Sint-Niklaas 27 augustus 2001, *R.W.* 2001-02, 1141, noot F. SWENNEN, "Voorlopig bewind en testamenten".
Voorwaardelijke bekwaamheid tot testeren: Vred. Luik 1 december 1998, *J.L.M.B.* 1999, 817; Vred. Vielsalm 14 februari 2000, *J.L.M.B.* 2000, 1091.
Voorwaardelijke bekwaamheid tot schenken: Vred. Marchienne-au-Pont 2 juni 1993, *T. Vred.* 1994, 114; Vred. Roeselare 27 februari 1996, *R.W.* 1997-98, 964.
Onbekwaamheid tot schenken: Rb. Hasselt 30 april 2001, *A.J.T.* 2001-02, 452 (zonder opgave welke strekking wordt gevolgd).

191 De oplossing is anders ingeval van een bewind op maat; zie nr. 83.

192 Amendementen die ertoe streken elke verwijzing naar het testament te laten vallen omdat de beschermde persoon daarvoor bekwaam zou zijn, zijn niet aangehouden. Senaatsverslag I, 40-41.

193 De parlementaire voorbereiding vermeldt als voorbeeld het verblijvingsbeding. Verantwoording bij amendement nr. 102 van de Regering, *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/6. Over de mogelijke kwalificatie daarvan als *schenking*: *infra* nr. 401.

waarin de onbekwame wilsgeschikt is[194]. Artikel 488*bis*, h), § 2 B.W. voorziet daarin nu: de beschermde persoon kan (slechts) geldig schenken onder levenden of een uiterste wilsbeschikking maken na machtiging, op zijn verzoek, door de bewindsrechter. De steeds vereiste machtiging dient de rechtszekerheid[195]. Een onbekwaamheid strekt ertoe vooraf duidelijkheid te scheppen over de (on)geldigheid van een rechtshandeling. Met een systeem van voorafgaande machtigingen wordt daaraan zo weinig mogelijk afbreuk gedaan als de beschermde persoon toch zelf optreedt.
Een vergelijkbare regeling is sinds 1 januari 2003 ook van kracht in Nederland wat betreft uiterste wilsbeschikkingen. Naar luid van art. 4:55, tweede lid N.B.W. kan hij die wegens een geestelijke stoornis onder curatele staat, slechts met toestemming van de kantonrechter uiterste wilsbeschikkingen maken. De kantonrechter kan aan zijn toestemming voorwaarden verbinden.

386. De beschermde persoon vraagt de machtiging om een gift te doen via een eenzijdige verzoekschriftprocedure. De art. 1026-1034 Ger.W. zijn van toepassing. Het verzoekschrift kan worden ondertekend door de beschermde persoon zelf.
Bij het verzoekschrift wordt een omstandige geneeskundige verklaring gevoegd. Artikel 488*bis*, b), § 6 B.W. is van overeenkomstige toepassing. Wellicht moet geen melding worden gemaakt van de mogelijkheid tot kennisneming van de rekenschap van het beheer. Verblijft de beschermde persoon in een instelling, dan mag ook deze verklaring niet worden opgesteld door een arts die daaraan is verbonden. De vrederechter kan hoe dan ook nog een geneesheer-deskundige aanstellen.
De vrederechter roept bij gerechtsbrief iedereen op die hij geschikt acht om hem in te lichten. De voorlopige bewindvoerder wordt in geval van schenking in elk geval opgeroepen. Deze oproeping gebeurt volgens de letter van de wet niet bij gerechtsbrief. Wellicht is de voorlopige bewindvoerder echter een persoon die de vrederechter kan inlichten.

387. De machtiging om een uiterste wilsbeschikking te maken mag enkel worden geweigerd omdat de beschermde persoon wilsongeschikt is – of:

---

194 F. SWENNEN, *o.c.*, nr. 356. Voorts W. BREEMHAAR, "De wegens een geestelijke stoornis onder curatele gestelde, de testeerbevoegdheid en het Marckx-arrest", *W.P.N.R.* 5815 (1987), 61. Zie ook Beginsel 3.2 van Aanbeveling R(99)4 van de Raad van Europa inhoudende *Principes concernant la protection juridique des majeurs incapables*.

195 W. BREEMHAAR, "De testeerbevoegdheid van de wegens een geestelijke stoornis onder curatele gestelde in het nieuwe erfrecht", *W.P.N.R.* 6497 (2002), 509; ASSER-PERRICK 6 (2002), nr. 123, p. 151.

ongezond van geest[196]. Dit rechtsoordeel komt uiteraard toe aan de vrederechter, op basis van de medische verklaring(en)[197].
De machtiging een schenking onder de levenden te doen mag bovendien enkel worden geweigerd als de beschermde persoon of zijn onderhoudsgerechtigden door de schenking behoeftig dreigen te worden[198]. Het gaat om een soort van vooruitgeschoven reservebescherming. Juist die bescherming en de mogelijke vordering tot levensonderhoud tegen de nalatenschap maken dat deze waarborg niet moest gelden bij uiterste wilsbeschikkingen[199].
Met onderhoudsgerechtigden is wellicht enkel bedoeld: de actuele onderhoudsgerechtigden genoemd in de art. 203 e.v. B.W. De echtgenoten en wettelijk samenwonende partners beschikken over eigen wettelijke verhaalsmogelijkheden tegen schenkingen. De uitvoering van de natuurlijke verbintenis tegenover een feitelijke partner[200], is niet beschermd tegen giften. Voor andere schuldeisers lijkt me terecht geen verdergaande bescherming aangehouden dan de gemeenrechtelijke[201].
Weigering van machtiging wegens dreigende behoeftigheid lijkt me niet mogelijk als de schenking slechts uitwerking heeft bij het overlijden van de beschermde persoon, zoals het geval is met bepaalde huwelijksvoordelen die als schenking moeten worden beschouwd of met de contractuele erfstelling. In de terminologie van de wet zou dan sprake zijn van een "uiterste wilsbeschikking".

388. Over de verdere modaliteiten van de machtiging bewaart de wet het stilzwijgen. Er zijn nochtans voldoende voetangels en klemmen. Ik bespreek er vier van.
Eén: mag de bewindsrechter kennis nemen van de inhoud van de gift? Daartegen kan men de hoogstpersoonlijke aard van giften aanvoeren. Dit bezwaar rijst zeker niet voor huwelijksvoordelen die als schenking worden beschouwd: het concept van het huwelijkscontract moet aan de rechter worden voorgelegd[202]. Ook voor andere schenkingen rijst niet echt een probleem. De rechter moet minstens de voorgenomen omvang daarvan ken-

---

196 Artikel 488*bis*, h), § 2, eerste lid B.W. en de verantwoording bij amendement nr. 102 van de Regering, *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/6.
197 Anders: T. DELAHAYE, *l.c.*, noot 13.
198 Artikel 488*bis*, h), § 2, tweede lid B.W. en de verantwoording bij amendement nr. 102 van de Regering, *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/6.
199 T. DELAHAYE, *l.c.*, nr. 23 schijnt die waarborgen uit het oog te verliezen.
200 Vred. Kortrijk (2), 16 augustus 1999, *R.W.* 2000-01, 667: de bewindvoerder mag die verder uitvoeren.
201 Anders : T. DELAHAYE, *l.c.*, nrs. 16 en 23.
202 Daarover *infra* nrs. 398 e.v.

nen om de dreigende behoeftigheid te kunnen beoordelen[203]. Moeilijker ligt het voor testamenten. De hoogstpersoonlijk aard daarvan wordt in ons recht meer benadrukt dan die van schenkingen. Toch moet de rechter mijns inziens kunnen vragen kennis te nemen van de inhoud van het voorgenomen testament. Kennis van die inhoud is namelijk dienstig voor het oordeel over de wilsgeschiktheid. Het een staat niet los van het ander[204]. Het oordeel of een beschermde persoon de betrokken belangen nog kan beoordelen en of hij niet onder invloed van zijn geestesstoornis een gift zal doen, veronderstelt soms kennis van de inhoud ervan[205]. Het voorgaande doet er niet aan af dat de rechter geen concrete maar een abstracte machtiging verleent om een gift te doen. Hij bekrachtigt geen welbepaald concept[206]. Hij kan daarom niet het verzoek tot machtiging afwijzen omdat geen concept voorligt of een concept met een (voor hem) afkeurenswaardige (niet-pathologische) inhoud; wel omdat hij bij gebreke van concept de wilsgeschiktheid (of dreigende behoeftigheid) niet kan beoordelen.

389. *Twee*: mag de vrederechter aan zijn machtiging voorwaarden verbinden? Tot nu toe gebeurde dat *contra legem*. De Nederlandse wet voorziet uitdrukkelijk in de voorwaardelijke machtiging. In België ligt dat anders. De notariële vorm mag alvast niet worden vereist. Het oorspronkelijke voorstel in die zin is niet aangehouden[207].
Uit het voorgaande vloeit ook voort dat de vrederechter geen inhoudelijke voorwaarden aan de gift mag stellen, behoudens de vermindering van de schenking in geval van dreigende behoeftigheid.
Ten slotte zou de vrederechter de machtiging aan een bepaalde termijn kunnen koppelen waarbinnen de gift moet worden 'gedaan'. Voor een dergelijke (tijds)voorwaarde bestaat noch een wettelijke grondslag noch een verbod. Zo'n termijn is nochtans redelijk, want sluit aan bij de *ratio legis*[208]. De machtiging heft namelijk niet *ex nunc* de onbekwaamheid inzake giften op – daartoe dient de zogenaamde "basisbeschikking" te worden aangepast wat betreft de omschrijving van de omvang van de (on)bekwaamheid. De machtiging betreft slechts één rechtshandeling die voldoende bepaalbaar moet zijn. De bepaalbaarheid levert meestal wellicht geen probleem op. Schenkingen zijn bepaalbaar aan de hand van de vaststelling van de (maximale) omvang in de machtigende beschikking.

---

203 Kamerverslag II, 20.
204 Anders: verantwoording bij amendement nr. 102 van de Regering, *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/6.
205 Vgl. art. 3:34 N.B.W.
206 Anders in Nederland: W. BREEMHAAR, *l.c.*, 510 en 511; ASSER-PERRICK 6 (2002), nr. 123, p. 152.
207 Senaatsverslag I, 6.
208 W. BREEMHAAR, *l.c.*, 511.

Ook schenkingen in huwelijkscontracten kunnen voldoende concreet worden bepaald aan de hand van het voorliggende concept van huwelijkscontract. Voor testamenten kan een termijn een oplossing voor de bepaalbaarheid bieden.

390. *Drie*: de vrederechter moet terughoudend zijn in de oproeping van personen die hij geschikt acht om hem in te lichten. Deze inlichtingen moeten dienstig zijn voor de beoordeling van de wilsgeschiktheid, niet voor de beoordeling van de inhoud van de gift. De rechter hoedde zich er daarom voor (potentiële) erfgenamen of legatarissen te bevragen[209].

391. *Vier:* de besproken regeling is ook van toepassing op handgiften. Een handgift is een schenking die als dusdanig machtiging behoeft.
Door die machtiging gaat het voordeel van de registratierechtelijke neutraliteit van een handgift niet teniet. Akten, vonnissen en arresten betreffende procedures ingesteld bij de art. 488*bis*, a) tot k) B.W. zijn vrijgesteld van registratie[210]. Hoe dan ook zou de (te registreren) beschikking tot machtiging geen heffingsgrondslag voor de gemachtigde schenking opleveren. De machtiging wordt niet noodzakelijk benut en houdt dus geenszins bevestiging in van een gedane – en pas dan belastbare – handgift.

392. De machtiging verhindert dat de gift nog op grond van de onbekwaamheid van de beschermde persoon kan worden aangevochten. Zij staat niet in de weg aan een betwisting wegens ongezondheid van geest *ex* art. 901 B.W.[211] Dat gezondheid van geest niets méér is dan de toestemming bedoeld in art. 1108 B.W., wordt nu in bredere kring aanvaard[212].
De machtiging een gift te doen heeft niet de waarde van een "*declaratory order*" over de wilsgeschiktheid. Dit neemt niet weg dat zij juist wordt verleend op grond van een (positief) oordeel over de wilsgeschiktheid[213]. Zoals vermeld, is het omwille van de rechtszekerheid juist de bedoeling vorderingen *ex* art. 901 B.W. te verhinderen door de beschermde persoon toch nog aan een machtigingsvereiste te onderwerpen.

---

209 Vgl. voor Nederland W. BREEMHAAR, *l.c.*, 511.

210 Art. 162, 18°, W. Reg.

211 Vgl. voor Nederland I. JANSEN, "Curatele, geestelijke stoornis en testeerbevoegdheid", *F.J.R.* 1992, 73; ASSER-PERRICK 6 (2002), nr. 123, p. 152.

212 F. SWENNEN, "Het misverstand van de 'theorie van de versterkte toestemming' bij giften", *A.J.T.* 1998-99, 569-574. Zie een aanzet voor deze opvatting voordien bij A.-J. ETIENNE en J.-L. LEDOUX, (noot onder Bergen 15 september 1995), *R.R.D.* 1996, 249 en nadien bij M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND en F. BUYSSENS, *l.c.*, 5 en A. WYLLEMAN, *o.c.*, 291 en volgende en bij R. BARBAIX, *De algemene geldigheidsvereisten bij schenkingen*, in *Advocatenpraktijk*, Mechelen, Kluwer, 2003, nrs. 10-11.

213 F. SWENNEN, "Voorlopig bewind en testamenten", (noot onder Vred. Sint-Niklaas 27 augustus 2001), *R.W.* 2001-02, 1141, nr. 7.

Aan de beschermde persoon valt aan te raden zijn gift zo snel mogelijk na de machtiging te "doen", opdat de vaststellingen over zijn gezondheid van geest nog ten volle zouden kunnen spelen. Daartoe is de notariële vorm aangewezen: zij verleent de gift een vaste datum. Ten aanzien van de geestvermogens van de beschikker gedrage de notaris zich als gewoonlijk; desgewenst vraagt hij een medisch attest.

393. Voor de herroeping moeten naar mijn oordeel dezelfde voorwaarden gelden.
Voor schenkingen bij huwelijkscontract geldt bovendien de daarop toepasbare bijzondere regeling, waarover *infra* nrs. 397 e.v.

394. De nieuwe regeling geldt enkel voor beschermde personen die onder een (algemeen) bewind staan dat voorziet in vertegenwoordiging (bij de vervreemding van goederen)[214].
In geval van een beperkte opdracht tot vertegenwoordiging of de uitdrukkelijke bepaling van een zekere restbekwaamheid voor de beschermde persoon, blijft die laatste in de mate daarvan bekwaam om giften te doen. Hij kan een uiterste wilsbeschikking maken en die goederen schenken waarover hij nog zelf om baat kan beschikken.
In geval de bewindvoerder is belast met een algemene of bijzondere opdracht van bijstand, gelden de betreffende regels. De beschermde persoon kan zelf en zelfstandig testeren. Voor schenkingen van goederen heeft hij de bijstand nodig van de voorlopige bewindvoerder in de mate waarin hij die bijstand ook voor beschikkingen om baat nodig zou hebben.

395. Zie over de bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder om plaatsvervangend giften te doen *infra* nrs. 403 en 406.

396. Twee andere voorgestelde wijzigingen hebben het niet gehaald. Het betrof de gedeeltelijke overeenkomstige toepassing van de art. 907 en 909 B.W., waaruit een bijzondere rechtsonbekwaamheid voortvloeit.
Op de eerste plaats zou de beschermde persoon worden gelijkgesteld met een minderjarige voor de toepassing van (enkel) de eerste twee leden van art. 907 B.W. Die bepaling is op de voorlopige bewindvoerder immers niet van toepassing[215]. Aan zijn (gewezen) voorlopige bewindvoerder zou de beschermde persoon voortaan dus geen gift kunnen doen (tot aan de goedkeuring van de eindrekening door de vrederechter)[216]. De vrijstelling van dat verbod ten gunste van bloedverwanten (art. 907, derde lid B.W.)

---

[214] Over het navolgende F. SWENNEN, *o.c.*, nr. 354, B en C.
[215] Vgl. Cass. 28 april 1995, *R.W.* 1995-96, 260, noot W. PINTENS.
[216] Kamerverslag I, 57.

was dan weer niet van toepassing, zodat wat hen betreft het versterferfrecht zonder meer gold. Dat was kennelijk niet de bedoeling[217]. In de Senaat werd daarom aan de tekst toegevoegd dat het verbod de voorlopige bewindvoerder te bevoordelen niet gold voor familieleden die als bewindvoerder waren aangesteld[218]. Het begrip "familieleden" werd ten eerste echter niet verduidelijkt. Tot welke graad gold de vrijstelling? Gold zij ook voor aanverwanten? Ten tweede gold de vrijstelling niet voor de andere naasten die bij voorkeur als bewindvoerder worden aangesteld, zoals de echtgenoot of andere partner. Ten slotte verloor de wetgever uit het oog dat de situatie van een minderjarige – die bekwaam zal worden – en een beschermde persoon – die in veel gevallen tot aan het overlijden onbekwaam blijft – grondig verschilt. Daarop dezelfde regel toepassen, is dus onlogisch[219].
Op de tweede plaats werden in de Senaat twee bepalingen ingevoegd naar het model van art. 909 B.W. Enerzijds zou de beschermde persoon geen giften mogen doen aan de bewindsrechter. Daarmee wilde men de betaling van smeergelden voorkomen![220] Anderzijds zou de beschermde persoon ook geen giften kunnen doen aan het medisch personeel dat hem behandeld had en aan directie en personeel van de instelling waarin hij zich bevindt. De instelling zelf zou hij wel kunnen bevoordelen[221]. De gelijktijdige hervorming van art. 909 B.W. bood een beter alternatief voor de tweede wijziging[222]. De eerste wijziging werd zonder redelijke gronden ingevoerd.
Tegen de twee voorstellen kon ook worden aangevoerd dat de meeste giften wellicht onder vrederechterlijke controle zullen verlopen, zodat bijkomende waarborgen niet nodig zijn.
Uiteindelijk zijn de tweede voorgestelde wijzigingen niet zonder moeite in derde lezing in de Kamer afgevoerd[223].

---

217 Kamerverslag I, 71-72.
218 Senaatsverslag I, 42.
219 Zie voor deze kritiek amendement nr. 101 van de Regering, *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/6 en Senaatsverslag I, 42-43.
220 Kamerverslag II, 3.
221 Senaatsverslag I, 42.
222 Wet 22 april 2003 tot wijziging van art. 909 van het Burgerlijk Wetboek, *B.S.* 22 mei 2003.
223 Kamerverslag II, 13-14; Senaatsverslag II, 6-7; Kamerverslag III, 4-5.

C. Huwelijkscontracten (art. 488bis, h), § 3 B.W.)

397. Zonder enige verantwoording of discussie werd tijdens de bespreking in de Kamer aan art. 488*bis*, h) B.W. een derde paragraaf toegevoegd naar luid waarvan de beschermde persoon slechts zou kunnen huwen mits sluiting van een huwelijkscontract goedgekeurd door de vrederechter[224]. Dat de beschermde persoon dient te worden beschermd tegen fortuinjagers, is onbetwist. Toch rees tegen de voorgestelde oplossing daartoe heel wat kritiek[225]. Op de *eerste plaats* werd, tegen de afspraken en de aard van het voorlopig bewind in, een persoonsrechtelijke onbekwaamheid ingevoerd. Het recht van de beschermde persoon om te huwen, werd afhankelijk gesteld van de verplichte sluiting van een huwelijkscontract onder rechterlijke controle. Op de *tweede plaats* stelde de wetgever daardoor in vraag dat het wettelijk (huwelijksvermogens)stelsel een evenwichtige belangenbescherming biedt voor beide echtgenoten.
Wellicht was de bepaling enkel bedoeld als uitbreiding van de oplossing van art. 1397 B.W., dat niet zonder meer inzake het voorlopig bewind kon worden toegepast[226]. De taak van de ouder(s) zou hier door de vrederechter worden waargenomen.
Uiteindelijk is tijdens de tweede bespreking in de Kamer de volgende oplossing aangehouden. Opnieuw zij eraan herinnerd dat die oplossing enkel van toepassing is in geval van een (algemeen) bewind (dat de vervreemding van goederen uitsluit). Heeft de voorlopige bewindvoerder slechts een opdracht van bijstand, dan volstaat die bijstand.

398. Als basisregel geldt dat de beschermde persoon (beperkt) bekwaam is om een huwelijkscontract aan te gaan of zijn huwelijksvermogensstelsel te wijzigen met de bijstand van de voorlopige bewindvoerder, na machtiging door de vrederechter op basis van een ontwerp opgesteld door een notaris.
De onbekwaamheid wordt daardoor uitgebreid ten opzichte van de oude regeling. Daaronder werd algemeen aanvaard dat de beschermde persoon, steeds bekwaam om te huwen, zich daardoor ook zelf en zelfstandig mocht onderwerpen aan het wettelijk stelsel. Op grond van de regel "*Qui peut le plus, peut le moins*" werd verdergaand verdedigd dat de beschermde persoon ook zelf en zelfstandig alle minder verregaande stelsels zou mogen aannemen, zo bijvoorbeeld een algehele scheiding van goederen. Enkel voor

---

224 Kamerverslag I, 48.

225 Senaatsverslag I, 38-43; Kamerverslag II, 20-21. Voorts T. DELAHAYE, *l.c.*, nr. 22.

226 J.-F. TAYMANS, "Les personnes protégées par la loi du 18 juillet 1991 et le contrat de mariage", *Rev. not. b.* 1995, 182 en in MEULDERS-KLEIN, M.-T. (dir.), *Protection des malades mentaux et incapacités des majeurs: le droit belge après les réformes*, Diegem, Story-Scientia, 1996, p. 333.

een uitbreiding van de gemeenschap zou de beschermde persoon moeten worden bijgestaan[227].
Nu is een scheiding van goederen niet noodzakelijk "*le moins*"[228]. De beschermde persoon wordt bijvoorbeeld geen deelgenoot in de aanwinsten van de echtgenoot.
De duidelijke wettekst moet mijns inziens zo worden gelezen dat bijstand en machtiging zijn vereist telkens (maar enkel) ingeval van het wettelijk stelsel wordt afgeweken, ongeacht in welke richting.
Soms zou het wettelijk stelsel de beschermde persoon meer kunnen benadelen dan een stelsel van scheiding van goederen, bijvoorbeeld omdat de beroepsschulden van de andere echtgenoot gemeenschappelijk worden[229]. Zoals vermeld, heeft de wetgever een afwijking van het wettelijk stelsel echter niet verplicht gesteld. Een voorstel om in geval van aanneming van het wettelijk stelsel een "*staat en inventaris*" te laten opstellen ter bescherming tegen vermogensvermenging, is evenmin aangehouden[230].

399. De onbekwaamheid is ook in die zin verdergaand dat de vrederechter de bewindvoerder voortaan moet machtigen om de beschermde persoon bij te staan, en wel op grond van een ontwerp door een notaris opgesteld. De vrederechterlijke controle is mijns inziens niet enkel een legaliteitscontrole maar heeft ook betrekking op het belang van de beschermde persoon in een (uitgebreide) gemeenschap of scheiding van goederen.
Op de notaris blijft uiteraard de plicht rusten zich te vergewissen van de geldige toestemming van de beschermde persoon. Hij kan daartoe eventueel een medisch attest vragen[231].
De "eenvoudige verzoekschriftprocedure" bedoeld in art. 488*bis*, f), § 3 B.W. is van toepassing[232].
Oorspronkelijk verwees art. 488*bis*, h), § 3 B.W. ook naar art. 488*bis*, f), § 3, tweede lid B.W. betreffende de machtigingbehoevende handelingen, dat "*onverminderd*" van toepassing bleef. Door een typfout in de Kamer, waarbij "f), § 3" verkeerdelijk en zinloos "h), § 3" werd, is de verwijzing door de Senaat gewoon geschrapt[233]. De vraag blijft of de voorlopige bewindvoerder om bijkomende bijzondere machtigingen moet verzoeken naar aanleiding

---

227 J.-F. TAYMANS, *l.c.*, 337; Y-H. LELEU, "Le contrat de mariage", *in* L. RAUCENT en Y.-H. LELEU, *Les régimes matrimoniaux*, t. IV, uittreksel uit *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, nr. 513 ; K. VANWINCKELEN, *Comm. Pers.*, art. 1397, nrs. 21 en 33-34; W. PINTENS, B. VANDERMEERSCH en K. VANWINCKELEN, *o.c.*, nr. 642.
228 J.-F. TAYMANS, *l.c.*, 335-36.
229 Y-H. LELEU, *l.c.*, nr. 513.
230 Senaatsverslag I, 42.
231 Y.-H. LELEU, *l.c.*, nr. 513, b).
232 Daarover *infra* nr. 409.
233 Senaatsverslag II, 2-3.

van zijn bijstand, bijvoorbeeld wanneer er een onmiddellijke vervreemding is door de inbreng van een goed in het huwelijksvermogen. Onder de oude regeling nam de rechtsleer dit unaniem aan[234]. Nochtans kan mijns inziens, zoals vermeld, in het raam van een bijstandsregime geen sprake zijn van bijkomende machtigingen. Onder de oude regeling was dus geen bijkomende machtiging vereist. Ook onder de nieuwe regeling dient art. 488*bis*, f), § 3, tweede lid B.W. uiteraard niet te worden toegepast in geval van bijstand door de voorlopige bewindvoerder. Er is trouwens hoe dan ook al een inhoudelijke vrederechterlijke controle op het concept van huwelijkscontract.
Het valt te betreuren dat de wetgever in de nieuwe regeling de zaken verwart door naast bijstand ook een machtigingsvereiste in te stellen. De alternatieve regeling van art. 1397 B.W. wordt daardoor gecumuleerd.

400. De voorgaande regeling geldt onverminderd de tweede paragraaf van art. 488*bis*, h) B.W. inzake giften. Houdt het huwelijkscontract met andere woorden een gift in, dan moet ook de betreffende regeling worden nageleefd.
In het amendement van de regering wordt als voorbeeld de inbreng in de huwelijksgemeenschap aangehaald. Nochtans is duidelijk dat de inbreng, alvast zonder combinatie met een ander huwelijksvoordeel en bij afwezigheid van voorhuwelijkse kinderen[235], geen schenking is.
Wel bedoeld zijn in elk geval de schenkingen van eigen naar eigen vermogen en de contractuele erfstelling in het huwelijkscontract.
In voorkomend geval wordt de vrederechter door de voorlopige bewindvoerder geadieerd met een eenvoudig verzoekschrift tot machtiging om bijstand te verlenen bij de sluiting van het huwelijkscontract én door de beschermde persoon met een eenzijdig verzoekschrift tot machtiging om in het huwelijkscontract een gift te doen.
Men kan zich afvragen waarom in dit geval de gemachtigde dus gecontroleerde bijstand van de voorlopige bewindvoerder niet kan volstaan, ook voor de gift. Minstens had men een eenvormige procedure moeten voorzien. Die is hoe dan ook maar van toepassing als de beschermde persoon onbekwaam is om zelf(standig) giften te doen. Staat hij onder een regime van bijstand, dan volstaat de bijstand van de voorlopige bewindvoerder.

---

234 Bijvoorbeeld Y.-H. LELEU, *l.c.*, nr. 513, b); W. PINTENS, B. VANDERMEERSCH en K. VANWINCKELEN, *o.c.*, nr. 643.

235 Daarover volgend randnummer.

401. Huwelijksvoordelen worden als schenking gekwalificeerd in de gevallen bedoeld in art. 1458, tweede lid, 1464, tweede lid en 1465 B.W.[236] Gaat men er – in een strenge opvatting – van uit dat het daarom schenkingen *zijn*, dan dient de onbekwame beschermde persoon zelf te worden gemachtigd om het huwelijksvoordeel toe te kennen. Deze machtiging wordt met een eenzijdig verzoekschrift verzocht.
Ik betwijfel echter – in een soepeler opvatting – of de regeling over giften wel cumulatief dient te worden toegepast op huwelijksvoordelen die *als schenking worden beschouwd*. De wet gaat er met die kwalificatie juist van uit dat het geen schenkingen *zijn*. Doordat ze door de art. 1458, tweede lid, 1464, tweede lid en 1465 B.W. als schenking *worden beschouwd*, wordt de bescherming van de reservataire erfgenamen bereikt. De kwalificatie als schenking beoogt enkel dát doel en met name niet de toepassing van de regels over wilsgeschiktheid en onbekwaamheid. Naar mijn oordeel is de regeling inzake giften dus niet van toepassing op deze huwelijksvoordelen. Door de nieuwe regeling is in elk geval dus niet geheel de controverse opgelost die bestond over de bekwaamheid van de beschermde persoon inzake huwelijksvoordelen en (andere) overlevingsrechten, zoals die ook inzake giften bestond[237].

402. In bijzondere gevallen kan de vrederechter de voorlopige bewindvoerder machtigen alleen op te treden; kan hij met andere woorden vertegenwoordiging bij het huwelijkscontract machtigen. Om reden van de beweerde hoogstpersoonlijke aard daarvan, werd dat tot hiertoe unaniem verworpen[238].
Deze kritiek rees ook tijdens de bespreking in de Senaat. Volgens de Minister van Justitie bestond de mogelijkheid tot vertegenwoordiging echter enkel in het geval van materiële onmogelijkheid om te tekenen met behoud van voldoende intellectuele vermogens waarvoor bijstand zou volstaan. Het inhoudelijke contractuele proces zou dus aan de – behoorlijk bijgestane – beschermde persoon worden overgelaten[239].

---

236 J.-F. TAYMANS, *l.c.*, p. 337; P. MARCHAL, *o.c.*, nrs. 338 en 340. Meer algemeen over die (onweerlegbare) kwalificatie : M. PUELINCKX-COENE, "Naar een coherent vermogensstatuut voor de langstlevende ?", *R.W.* 1977-78, 1475-76 ; G. VAN OOSTERWYCK, "Huwelijksvoordelen en contractuele erfstellingen", *T.P.R.* 1985, 227-28 en 242-46 ; H. CASMAN en M. VAN LOOK, *Huwelijksvermogensrecht*, Mechelen, Kluwer, s.d., IV.3, 4-5, IV.4, 8-9 en IV.5, 6.

237 Onbekwaam (indien geen bijstand): J.F. TAYMANS, p. 337. Bekwaam (zonder bijstand) omdat slechts uitwerking bij overlijden: P. MARCHAL, *o.c.*, nrs. 338 en 340; Y.-H. LELEU, *l.c.*, nr. 513, b).

238 P. MARCHAL, *o.c.*, nr. 338 en de verwijzingen aldaar.

239 Senaatsverslag I, 44.

Een uitdrukkelijke amendering in die zin[240] werd evenwel verworpen. Ook uit de verantwoording van het oorspronkelijke amendement valt geen beperking tot de fysieke onmogelijkheid tot ondertekening af te leiden. Ten slotte bevat art. 10, 2° Organieke Wet Notariaat reeds een regeling in verband met de fysieke onmogelijkheid tot ondertekening.
Ik ben daarom van oordeel dat vertegenwoordiging ook mogelijk is buiten het geval van louter fysieke onmogelijkheid tot ondertekening. Het is best mogelijk dat de beschermde persoon in staat is te beslissen dat hij wil huwen, maar geen inzicht heeft in zijn noodzakelijke vermogensrechtelijke bescherming. Wilsgeschiktheid is een taakspecifiek begrip[241].

403. De hoogstpersoonlijke aard van het huwelijkscontract betreft mijns inziens vooral de schenkingen die het kan bevatten en niet de "*bedingen (om baat) tussen vennoten*"[242]. Welnu, de regeling inzake het huwelijkscontract geldt onverminderd de regeling inzake giften. De voorlopige bewindvoerder kan daarom niet plaatsvervangend giften doen.
In de strenge visie op de kwalificatie van bepaalde huwelijksvoordelen als schenking, kan de voorlopige bewindvoerder die huwelijksvoordelen dus niet plaatsvervangend toekennen. In de soepeler visie kan hij dat wel.

404. Als vertegenwoordiger blijft de voorlopige bewindvoerder daarnaast wel onderworpen aan de machtigingsvereisten van art. 488*bis*, f), § 3, tweede lid B.W. Houdt het huwelijkscontract een onmiddellijke vervreemding in – bijvoorbeeld inbreng van een goed – dan behoort die bijzonder te worden gemachtigd. Uiteraard kan de voorlopige bewindvoerder in hetzelfde "eenvoudig verzoekschrift" om die machtiging en om de machtiging tot vertegenwoordiging in het huwelijkscontract verzoeken.

§ 3. OPDRACHT VAN DE VOORLOPIGE BEWINDVOERDER

A. Algemeen

405. Zoals vermeld, kan de opdracht van de voorlopige bewindvoerder voortaan worden beperkt tot bijstand aan de beschermde persoon.
Daarnaast valt één bijkomende algemene opdracht te vermelden. Voortaan pleegt de bewindvoerder bij de uitvoering van zijn opdracht op regelmatige

---

240 Amendement nr. 115, *Parl. St.* Senaat 20023-2003, nr. 2-1087/6.
241 F. SWENNEN, *o.c.*, nr. 1069.
242 Vgl. Vred. Leuven (2), 15 december 1997, *R.W.* 1997-98, 1089, waarin de bewindvoerder wordt gemachtigd een beding van aanwas te bedingen in een onverdeeldheid tussen erfgenamen.

tijdstippen overleg met de beschermde persoon of diens vertrouwenspersoon (art. 488*bis*, f), § 1, eerste lid B.W.). Zoals vermeld, houdt hij hen en, bij ontstentenis van de vertrouwenspersoon, eventueel een andere persoon of instelling ook op de hoogte van de handelingen die hij verricht.

406. Er is geen wijziging in de bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder om plaatsvervangend giften te doen. Eén auteur en één vonnis daargelaten, wordt die bevoegdheid algemeen verworpen[243]. Het verbod geldt noch voor gebruikelijke handgiften – het "zakgeld" aan (volwassen) (klein)kinderen[244] – noch voor de verdere uitvoering van een natuurlijke verbintenis[245].
Juist aan de hand van laatstgenoemde rechtsfiguur zijn in sommige buitenlandse rechtstelsels wel plaatsvervangende giften mogelijk. Toepassingen in het raam van huwelijkscontracten van de beschermde persoon openen wellicht een uitgebreidere discussie in België. Naar aanleiding van deze wetswijziging heeft één bijkomende auteur alvast voorgesteld schenkingen in de lijst van machtigingbehoevende handelingen op te nemen – hoewel valt te betwijfelen of dat voorstel bewust die draagwijdte heeft[246].

B. Belangenconflict (art. 488bis, f), § 1, vierde lid B.W.)

407. Zoals vermeld, blijft de mogelijkheid voor de voorlopige bewindvoerder bestaan om zelf op te treden in geval van tegenstrijdige belangen met de beschermde persoon, na bijzondere machtiging daartoe door de vrederechter. Naar luid van de nieuwe wettekst is de "*procedure van art. 488bis, b), § 7, tweede en derde lid B.W. van toepassing*". De wetgever heeft wel de vernummering van de paragrafen van die bepaling, maar niet de vernummering van de leden doorgevoerd.
Het tweede lid is min of meer hetzelfde en kan van toepassing blijven. Het betreft de oproeping om hen te horen van de beschermde persoon, de persoon waarmee hij een gezin vormt, de advocaten en de vertrouwenspersoon.
Het oude art. 488*bis*, b), § 4, derde lid B.W. verklaarde de art. 1027 tot 1034 Ger.W. van overeenkomstige toepassing. Zoals vermeld, is de procedure tot toevoeging van een voorlopige bewindvoerder voortaan tegensprekelijk.

---

243 Hierover F. SWENNEN, *o.c.*, nrs. 434 e.v. en de verwijzingen aldaar. Recentelijk nog M. PUELINCKX-COENE, Verslag in dossier nr. 6300, Comité voor Studie en Wetgeving.

244 Een voorlopige bewindvoerder kan bijvoorbeeld ook aan naaste familieleden de verplaatsingskosten vergoeden.

245 W. PINTENS en W. VAN GORP, *l.c.*, nr. 382. Voor een toepassing van het laatste: Vred. Kortrijk (2), 16 augustus 1999, *R.W.* 2000-01, 667.

246 T. DELAHAYE, *l.c.*, nr. 16.

Het oude derde lid is daarom niet aangehouden. Het nieuwe derde lid voorziet in de voeging van een afschrift van het verzoekschrift (en van de verklaring van indicatieve bewindvoering) bij de oproeping bij gerechtsbrief.
Naar de letter van de wet[247] verloopt het hier besproken verzoek dus via een tegensprekelijke verzoekschriftprocedure. Uit de vroegere verwijzing naar de art. 1027 e.v. Ger.W. en de bedoeling van de wetgever blijkt echter de voorkeur voor een eenzijdige verzoekschriftprocedure.
Beter nog had de wetgever gewoon verwezen naar de procedure van art. 488*bis*, f), § 3, derde lid B.W. Een wetgevende reparatie is hier aangewezen.

C. Handelingen waarvoor machtiging nodig is – nieuwe regels (art. 488bis, f), § 3 B.W.)

1. Artikel 488*bis*, f), § 3, tweede lid *versus* art. 410

408. Bij de hervorming van het voogdijrecht werd, op de leest van art. 488*bis*, f), § 3, tweede lid B.W., in art. 410 B.W. een geactualiseerde en limitatieve lijst van machtigingbehoevende handelingen opgenomen. Om reden van de actualisering week de tweede lijst op belangrijke punten van de eerste af.
De wetgever was zich ervan bewust dat de lijst van machtigingbehoevende handelingen inzake het voorlopig bewind niet meer aansloot bij de concrete situaties van het dagelijkse leven en dat een afstemming op het (intussen gerepareerde) art. 410 B.W. zich opdrong. Dat is uiteindelijk ten onrechte niet gebeurd[248]. De voorgestelde oplossing kan dat verklaren: men wilde aan art. 488*bis*, f), § 3, tweede lid B.W. een overlappend punt *j)* toevoegen naar luid waarvan machtiging nodig was om "*een van de handelingen van art. 410 te verrichten*"[249]…
Hier en daar zijn wel punctuele aanpassingen doorgevoerd. Ik bespreek enkel die aanpassingen samen met een aantal punten die, ondanks het nieuwe art. 410 B.W., niet werden aangepast.
Van de lijst van machtigingbehoevende handelingen mag overigens duidelijk zijn dat die limitatief is, maar dat de limitatieve aard "*juist moet worden begrepen*"[250]: ook handelingen met hetzelfde resultaat als een machtigingbehoevende handeling moeten worden gemachtigd. Daardoor

---

247 Artikel 1034*bis* B.W.: "… *wordt deze titel toegepast op vorderingen die worden ingeleid bij een verzoekschrift dat aan de tegenpartij ter kennis wordt gebracht*".
248 Senaatsverslag I, 31.
249 Senaatsverslag I, 33.
250 W. PINTENS en W. VAN GORP, *l.c.*, nr. 371; S. MOSSELMANS, *Comm. Pers.*, art. 410 B.W., nr. 8.

wordt de lijst niet "uitgebreid"[251]. Hoe dan ook moet de voorlopige bewindvoerder steeds het belang van de beschermde persoon dienen, ook als hij zonder machtiging mag optreden. Om dat te waarborgen, kan de vrederechter wel uitdrukkelijk bijkomende handelingen bepalen waarvoor zijn machtiging is vereist[252].

2. De procedure tot machtiging: bij eenvoudig verzoekschrift

409. Het oude art. 488*bis*, f), § 3, derde lid B.W. verwees voor de procedure tot verzoek van een machtiging naar art. 488*bis*, b), § 4, B.W. Doordat die procedure tegensprekelijk werd, diende de verwijzing te worden herbekeken.
Voortaan wordt de machtiging gevraagd "bij eenvoudig verzoekschrift". Bedoeld was ongetwijfeld een verzoekschrift eenzijdige procedure ("eenzijdig verzoekschrift"). De tekst na eerste bespreking in de Kamer verwees uitdrukkelijk naar de art. 1026 tot 1034 Ger.W. In de Senaat stelde Senator de T'Serclaes echter voor die formulering te wijzigen naar "eenvoudig verzoekschrift", zodat de veel minder ingewikkelde procedure van het gemene voogdijrecht van toepassing zou zijn[253]. Ook daar worden de verzoeken tot machtiging evenwel ingediend bij verzoekschrift eenzijdige procedure zoals bedoeld in de art. 1026 e.v. Ger.W.[254] Tijdens de bespreking in de Commissie is herhaald dat het de bedoeling was de procedure uit het voogdijrecht over te nemen. De vraag van Senator Nyssens om dan toch uitdrukkelijk te verwijzen naar de art. 1026 e.v., is onbeantwoord gebleven[255].
Toch staat in de definitieve tekst "eenvoudig verzoekschrift" (*simple requête*) en niet, zoals bijvoorbeeld in art. 488*bis*, d) B.W. een "eenzijdig verzoekschrift" (*requête unilatérale*). Van een "eenvoudig verzoekschrift" bestaat één ander voorbeeld in het Gerechtelijk Wetboek. Artikel 734*bis*, § 4 bepaalt dat elke partij die betrokken is in een bemiddelingsprocedure, de zaak bij eenvoudig verzoekschrift terug bij de rechtbank aanhangig kan maken. Oorspronkelijk was sprake van een "eenvoudig verzoek (tot de griffier)", wat betekende: een verzoek zonder vormverplichtingen[256]. Na een opmerking door geconsulteerde vrederechters dat zoiets niet bestond,

---

251 Vgl. Vred. Komen-Waasten 29 augustus 1996, *T. Vred.* 1997, 228, noot M.-E. DE SÉNY, "L'énumération des actes soumis à l'autorisation préalable du juge de paix est-elle limitative ou exemplative ?".
252 W. PINTENS en W. VAN GORP, *l.c.*, nr. 372.
253 Amendement nr. 13, *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/3.
254 Artikel 1233, § 1, Ger.W.
255 Senaatsverslag I, 29.
256 Wetsvoorstel betreffende de echtscheidingsbemiddeling, Verslag-Bourgeois namens de Commissie voor de Justitie, *Parl. St.* Kamer1999-2000, nr. 50-67/11, p. 45 en 55-56.

is de tekst gewijzigd naar "eenvoudig verzoekschrift", naar analogie van de "eenvoudige schriftelijke verklaring" bedoeld in art. 1675/14, § 2 Ger.W. inzake de collectieve schuldenregeling.
Kenmerkend blijft de afwezigheid van vormverplichtingen[257].
Een "eenvoudig verzoekschrift" volstaat: de wettekst is duidelijk.

410. De vrederechter wint vervolgens alle dienstige inlichtingen in. Hij kan de mening vragen van de beschermde persoon en van eenieder die hem kan inlichten. Die personen worden niet bij gerechtsbrief opgeroepen. Pogingen om de oproeping van de beschermde persoon te verplichten, zijn terecht afgewezen[258]. Dikwijls is zo'n oproeping zinloos[259].
Aan de tekst is, met betrekking tot de vervreemding van goederen, toegevoegd dat de art. 1186 en 1193*bis* Ger.W. onverminderd gelden. Daardoor wilde de wetgever de statuten van alle onbekwamen meer stroomlijnen[260]. Deze toevoeging is nutteloos geworden, doordat voornoemde bepalingen voortaan hoe dan ook van toepassing zijn[261].

3. Vertegenwoordiging van de beschermde persoon in rechte als eiser

411. Aan de bestaande lijst van vrijgestelde rechtsplegingen worden er drie toegevoegd.
Op de eerste plaats zijn voortaan vrijgesteld van machtiging, vertegenwoordiging als eiser in rechtsplegingen met betrekking tot huurcontracten of tot de bewoning zonder akte of bewijs. Daarvoor werd onder de oude regeling terecht een machtigingsvereiste aanvaard[262]. Dat is afgeschaft omdat deze procedures hoe dan ook voor de vrederechter verlopen, zodat een dubbele procedure kan worden vermeden[263]. Daarbij is blijkbaar uit het oog verloren dat de bewindsrechter niet noodzakelijk de territoriaal bevoegde rechter is inzake huurgeschillen en dat deze laatste rechter – ook al is hij ook de bewindsrechter – in het raam van die procedure het belang van de beschermde persoon erin niet mag beoordelen.
Ten tweede is vrijgesteld: vertegenwoordiging als eiser in rechtsplegingen "*met betrekking tot sociale wetgeving ten gunste van de beschermde persoon*" (sic). Bedoeld is waarschijnlijk dat de voorlopige bewindvoerder voortaan ook

---

257 Wetsontwerp betreffende de gezinsbemiddeling, Verslag-Kaçar namens de Commissie voor de Justitie, *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-422/7, p. 21, 29, 31, 56 en 69.
258 Senaatsverslag 29-30.
259 K. OOSTERLINCK, *l.c.*, 16.
260 Senaatsverslag I, 36.
261 Over die aanpassing *infra* nr. 421.
262 Bijvoorbeeld inzake bezetting ter bede: Vred. Barvaux 12 december 1997, *J.L.M.B.* 1998, 345.
263 Senaatsverslag I, 30.

voor de rechter de (juiste) toepassing van de sociale wetgeving moet vorderen in het belang van de beschermde persoon. Deze rechtsplegingen zijn vrijgesteld omdat ze bewarend zouden zijn van aard[264]. Onder de oude regeling werd soms ook aanvaard dat deze vorderingen niet hoefden te worden gemachtigd – zij het met een twijfelachtige motivering[265].
Tot slot geldt de vrijstelling ook voor de vertegenwoordiging als eiser in rechtsplegingen "*met betrekking tot de burgerlijke partijstelling*". Bedoeld is dat de stelling als burgerlijke partij geen machtiging behoeft. Nu is dat wel het geval[266]. De vrijstelling is er gekomen om niet dezelfde fout te maken als inzake de voogdij[267]. De wetgever maakt wel een nieuwe fout: in het gemene voogdijrecht is de stelling als burgerlijke partij voor de onderzoeksrechter niet vrijgesteld van machtiging[268]. Inzake het voorlopig bewind mag de parlementaire voorbereiding niet tegen de duidelijke wettekst worden aangevoerd[269]: elke stelling, ook die voor de onderzoeksrechter, is vrijgesteld.
De tegenpartij kan in elke stand van de procedure een dilatoir middel van ontoelaatbaarheid opwerpen indien de voorlopige bewindvoerder niet is gemachtigd. Naar mijn oordeel dient ook de rechter bij wie de zaak aanhangig is ambtshalve het gebrek aan machtiging op te werpen en de procedure te schorsen[270].

4. Doorhaling van hypothecaire inschrijvingen en van overschrijvingen van een bevel tot uitvoerend beslag

412. De voorlopige bewindvoerder behoeft voortaan, naast de machtiging om leningen aan te gaan en hypotheken toe te staan, ook machtiging om toestemming te geven tot de doorhaling van een hypothecaire inschrijving, met of zonder kwijting, en van de overschrijving van een bevel tot uitvoerend beslag zonder betaling. Voor die toevoegingen wordt geen verantwoording gegeven.
Wellicht blijft ook het initiële ontslag van ambtshalve inschrijving vóór betaling slechts mogelijk na machtiging. De hypotheekbewaarder moet die

---

264 Senaatsverslag I, 30.
265 Vred. Roeselare 16 december 1997, *R.W.* 1998-99, 55.
266 Cass. 7 januari 2003, A.R. P.02.1114.N; Corr. Gent 13 december 1999, *T.G.R.* 2001, 69. Voorts W. PINTENS en W. VAN GORP, *l.c.*, nr. 367.
267 Senaatsverslag I, 30.
268 F. SWENNEN, "Het ouderlijk gezag en de voogdij", *l.c.*, nr. 87.
269 Cass. 22 december 1994, *A.C.* 1994, p. 1149.
270 Daarover uitgebreid F. SWENNEN, "Vertegenwoordiging in rechte als eiser van een onbekwame: gevolgen van de afwezigheid van machtiging", *in Imperat lex. Liber Amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, 385-403.

machtiging controleren. Die controle wordt makkelijker door de verplichte voeging van de beschikking bij de verkoopakte door de notaris[271].
Of de doorhaling van ambtshalve inschrijving nà betaling voortaan machtiging behoeft, is niet duidelijk[272]. Wellicht is dat niet het geval.

413. Onder de oude regeling werd door bepaalde rechtspraak aanvaard dat de doorhaling van de overschrijving van een bevel tot uitvoerend beslag zonder betaling moest worden gemachtigd[273]. Anderen lieten deze handeling over aan de beoordeling van de voorlopige bewindvoerder van het belang van de beschermde persoon, dat met een doorhaling best gediend kon zijn[274]. Voortaan is machtiging nodig.

414. In het gemene voogdijrecht bestaan de voorgaande machtigingsvereisten niet[275].

5. Berusting in vorderingen betreffende onroerende rechten

415. De verplichte machtiging voor de berusting in onroerende vorderingen blijft bestaan. Dit machtigingsvereiste was reeds verouderd sinds de hervorming van het voogdijrecht, dat de berusting in elke vordering of elk vonnis machtigingbehoevend maakte. Sinds de reparatiewet voogdij behoeft de voogd voor geen enkele berusting nog machtiging[276].

6. Verwerping onder voorrecht van boedelbeschrijving van een nalatenschap

416. De wetgever vindt een nieuwe rechtsfiguur uit: de verwerping onder voorrecht van boedelbeschrijving van een nalatenschap. Wellicht is iets anders bedoeld.
Onder de oude regeling moest de bewindvoerder worden gemachtigd om een nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving te aanvaarden of om die te verwerpen.
Op voorstel van de Senatoren de T'Serclaes en Mahoux behoeft de beneficiaire aanvaarding voortaan geen machtiging meer. In geval van beneficiaire

---

271 Art. 1193*bis*, laatste lid Ger.W.

272 Over beide gevallen F. DEBUCQUOY, "Ontslag van ambtshalve inschrijving ter gelegenheid van openbare verkopingen van onroerende goederen waarin beschermde personen met bekwame meerderjarigen gerechtigd zijn …", *T. Vred.* 2000, 276, nrs. 4 en 7.

273 Vred. Komen-Waasten 29 augustus 1996, *T. Vred.* 1997, 228, noot M.-E. DE SÉNY, "L'énumération des actes soumis à l'autorisation préalable du juge de paix est-elle limitative ou exemplative ?"

274 W. PINTENS en W. VAN GORP, *l.c.*, nr. 371.

275 S. MOSSELMANS, *l.c.*, nrs. 6 en 97.

276 S. MOSSELMANS, *l.c.*, nrs. 150 en 166-69.

aanvaarding is de beschermde persoon enkel ten belope van de ontvangen activa gehouden tot de schulden van de nalatenschap, zodat die hem nooit zou kunnen benadelen[277]. Dat is uiteraard onjuist. Door de vermoedens van de art. 7 en 108 W. Succ. betreffende de belastbare samenstelling van de nalatenschap, kan zelfs de beneficiaire aanvaarding "*zeer zware, zelfs catastrofale gevolgen hebben*"[278]. Een controle was dus aangewezen.

De verwerping moet wel nog steeds worden gemachtigd. Een vrederechterlijke controle is nuttig om bijvoorbeeld te vermijden dat de voorlopige bewindvoerder belangen van andere erfgenamen zou dienen of om te beoordelen of de beschermde persoon die ook legataris is, de nalatenschap niet beter verwerpt om (de omvang van) zijn legaat veilig te stellen.

Door de enkele schrapping van de woorden "te aanvaarden of te" in plaats van "onder voorrecht van boedelbeschrijving te aanvaarden of te", luidt de nieuwe wettekst dat de voorlopige bewindvoerder machtiging behoeft om "een nalatenschap *onder voorrecht van boedelbeschrijving* (...) te verwerpen". Kan een verwerping onder voorrecht van boedelbeschrijving gebeuren? Het antwoord is negatief. Het erfrechtelijke optierecht omvat slechts drie keuzes: de zuivere aanvaarding, de beneficiaire aanvaarding en de verwerping[279]. Vertegenwoordigers van onbekwamen beschikken enkel over de laatste twee keuzemogelijkheden[280]. Eenmaal een nalatenschap beneficiair is aanvaard, blijft ze aanvaard: *semel heres, semper heres*[281]. Na de boedelbeschrijving kan niet alsnog worden verworpen.

Wellicht is met het voorrecht van boedelbeschrijving voorafgaand aan de (te machtigen) verwerping bedoeld, de algemene mogelijkheid voor elke erfgenaam om vóór de uitoefening van zijn optierecht een (onderhandse) "boedelbeschrijving" te doen opmaken (art. 795 B.W.)[282]. Sommigen raden aan dat in elk geval te (laten) doen[283].

Telkens een notariële boedelbeschrijving verplicht stellen vooraleer een nalatenschap na vrederechterlijke machtiging kan worden verworpen, zou

---

277 Senaatsverslag I, 30-31.

278 H. DU FAUX, "Successierechten en de aanvaarding van nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving", *Not. Fisc. M.* 1991, 180; X., *Comm. Erf.*, "Voorrecht van boedelbeschrijving"; F. DEBUCQUOY, "Machtiging aan de voorlopige bewindvoerder tot aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving …", (noot onder Vred. Sint-Truiden 28 augustus 1998), *T. Not.* 2001, 129, nrs. 4 e.v.

279 J. DU MONGH, *Comm. Erf.*, Art. 774, nr. 1.

280 F. DEBUCQUOY, "Met verdeling (inter volentes) gelijkgestelde afstand van onverdeelde rechten …", (noot onder Vred. Sint-Truiden 17 december 1998), *T. Not.* 2001, 88, nr. 8 en de verwijzingen; F. DEBUCQUOY, "Machtiging", *l.c.*, nr. 1.

281 P. VAN OOTEGEM en L. BRACKE, *Comm. Erf.*, Art. 793, nr. 4; S. MOSSELMANS, *l.c.*, nr. 118. Zie nochtans Vred. Marchienne-au-Pont 11 februari 1992, *J.L.M.B.* 1992, 755, waarin na de machtiging tot beneficiaire aanvaarding staat te lezen dat "*la situation sera à revoir après le dépôt de l'inventaire*".

282 P. VAN OOTEGEM en L. BRACKE, *Comm. Erf.*, Art. 795, nr. 1.

283 P. VAN OOTEGEM en L. BRACKE, *Comm. Erf.*, Art. 793, nr. 16.

echter een overdreven formalisme zijn[284]. Dit formalisme impliceert ook een onnodige kost in de gevallen waarin een nalatenschap kennelijk een deficit vertoont. In zo'n geval moet een eenvoudig verslag aan de vrederechter kunnen volstaan om de verwerping te laten machtigen[285]. De wettekst behoort te worden aangepast.
Belangrijkst in afwachting daarvan is dat de voorlopige bewindvoerder niet de vormen van de beneficiaire aanvaarding naleeft, wil hij later nog kunnen verwerpen.

7. Huurovereenkomsten

417. De gevallen waarin de sluiting van huurovereenkomsten machtiging behoeft, zijn afgestemd op het gemene voogdijrecht[286]. Voortaan behoeven ook de sluiting van een huurovereenkomst voor meer dan negen jaar en de vernieuwing van een handelshuurovereenkomst een machtiging.

8. Aankoop onroerend goed

418. Zoals in het gemene voogdijrecht[287] moet voortaan ook de aankoop van een onroerend goed bijzonder worden gemachtigd.

9. Vervreemding van souvenirs en andere persoonlijke voorwerpen

419. Onder de oude regeling kon de voorlopige bewindvoerder nooit souvenirs en andere persoonlijke voorwerpen van de beschermde persoon vervreemden. Zo konden bijvoorbeeld waardevolle familiejuwelen niet worden verkocht om het verblijf van de behoeftige beschermde persoon in een rustoord te betalen. In het nieuwe voogdijrecht is de uitzonderlijke mogelijkheid tot vervreemding van souvenirs van de pupil wel aangehouden[288]. Die mogelijkheid is nu ook in het voorlopig bewind ingevoerd. Enkel in geval van strikte noodzaak wordt die vervreemding mogelijk. De vrederechter moet dat nauwgezet beoordelen[289]. Met de beschermde persoon of met de vertrouwenspersoon dient ook overlegd over welke zaken eerst te vervreemden[290].

---

284 M. GRÉGOIRE, "La loi du 29 avril 2001 modifiant les dispositions légales en matière d'autorité parentale et de tutelle", *Rev. not. b.* 2002, 130, nrs. 54-56.

285 Y. LELEU en J.-M. VANSTAEN, "La protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assurer la gestion – aperçu législatif et commentaire", *Act. dr.* 1993, 589, nr. 117 ; S. MOSSELMANS, *l.c.*, nr. 122.

286 Daarover S. MOSSELMANS, *l.c.*, nrs. 106-15.

287 S. MOSSELMANS, *l.c.*, nrs. 84-91.

288 F. SWENNEN, "Het ouderlijk gezag en de voogdij", *l.c.*, nr. 77.

289 Senaatsverslag I, 37.

290 T. DELAHAYE, *l.c.*, nr. 49.

§ 4. VOORTZETTING HANDELSZAAK (ART. 488*BIS*, F), § 3 LAATSTE LID B.W.)

420. Elke handelszaak van de beschermde persoon kan voortaan worden voortgezet door de voorlopige bewindvoerder onder de voorwaarden die de vrederechter bepaalt.
Voor de voortzetting kan een bijzondere bewindvoerder worden aangeduid die onder het toezicht van de voorlopige bewindvoerder handelt. Anders dan inzake het gemene voogdijrecht[291] wordt deze bijzondere bewindvoerder aangeduid door de rechtbank van koophandel op verzoek van de vrederechter. De Minister van Justitie verzette zich uitdrukkelijk tegen een aanwijzing door de bewindsrechter. De rechtbank van koophandel beschikt immers over een lijst met geschikte personen[292].
Anders dan wat het geval is in het gemene voogdijrecht, is de voortzetting van de handelszaak geen machtigingbehoevende handeling. Ze behoeft wel de *goedkeuring* van de vrederechter. Volgens welke procedure die moet worden gevraagd, is onduidelijk. Wellicht kan de voortzetting worden gevraagd in het initiële verzoekschrift bij de aanvang van het bewind of later via een "eenvoudig verzoekschrift".

§ 5. DE VERKOOP VAN ROERENDE EN ONROERENDE GOEDEREN (ART. 488BIS, G) B.W.)

421. Bij de invoering van de oude regeling was er bewust voor geopteerd om het toepassingsgebied van de gemeenrechtelijke regeling inzake de verkoop van (on)roerende goederen van onbekwamen niet uit te breiden tot het voorlopig bewind. Men vond die regeling te ingewikkeld[293].
Door de hervorming van het voogdijrecht is dat bezwaar (deels) weggevallen. Om die reden heeft men via een aantal eenvoudige ingrepen de beschermde persoon onder het toepassingsgebied van de art. 1186-1204 Ger.W. gebracht[294].
De oude bijzondere regeling in art. 488*bis*, g) B.W. is dan ook vervangen door een eenvoudige verwijzingsbepaling naar de genoemde regeling.

---

291 S. MOSSELMANS, *l.c.*, nr. 177.
292 Kamerverslag I, 71; Senaatsverslag I, 7, 28-29 en 33-34.
293 Hierover G. DE LEVAL, "Vente d'immeubles appartenant en tout ou en partie à une personne pourvue d'un administrateur provisoire", (noot onder Vred. Marchienne-au-Pont 24 januari 1992), *J.L.M.B.* 1992, 753.
294 Senaatsverslag I, 38.

HOOFDSTUK VI.
REKENING EN VERANTWOORDING

422. De eenmalige en periodieke verantwoordingsplichten van de bewindvoerder worden uitgebreid op bepaalde punten. Daarnaast wordt een aantal bijkomende waarborgen voor de beschermde persoon ingevoerd:

§ 1. AANVANGSVERSLAG (ART. 488*BIS*, C), § 2 B.W.)

423. Op de eerste plaats moet de voorlopige bewindvoerder nog steeds binnen de maand na de aanvaarding van zijn opdracht een verslag, geen boedelbeschrijving, opstellen.
Vroeger had dit verslag betrekking op de aard en de samenstelling van het bewindsvermogen. Dat geeft enkel een statisch beeld. Voortaan heeft het betrekking op de vermogenstoestand en de inkomstenbronnen van de beschermde persoon[295]. Op die manier wordt duidelijker binnen welke grenzen de voorlopige bewindvoerder moet blijven.
De vrederechter kan de voorlopige bewindvoerder ontslaan van de verplichting het verslag aan de beschermde persoon zelf te zenden, als die niet in staat is ervan kennis te nemen. Is er een vertrouwenspersoon, dan wordt het verslag in elk geval ook aan hem gezonden. Een bijkomende controle op de juistheid ervan is dan mogelijk.
Dit verslag vervult niet dezelfde rol als de boedelbeschrijving in het voogdijrecht[296]. De vrederechter moet er met name niet op wachten om de opdracht van de voorlopige bewindvoerder te omschrijven. Het verslag zal voornamelijk dienen als toetssteen voor de latere verslagen.

§ 2. JAARLIJKSE VERSLAGEN (ART. 488*BIS*, C), § 3 B.W.)

424. Op de tweede plaats wordt de verplichting om jaarlijks rekenschap af te leggen, verzwaard.
De verzwaring heeft enerzijds betrekking op de personen aan wie rekenschap wordt gedaan. Naast de vrederechter en – als zijn gezondheidstoestand het toelaat – de beschermde persoon, is voortaan ook de vertrouwenspersoon bestemmeling van het verslag.

---

[295] Kamerverslag I, 29-30.
[296] Daarover F. SWENNEN, "Het ouderlijk gezag en de voogdij", *l.c.*, nr. 59.

Anderzijds betreft de verzwaring de inhoud van het verslag. De wet omschrijft de minimale gegevens die schriftelijk moeten worden weergegeven:
- identiteitsgegevens van de voorlopige bewindvoerder;
- identiteitsgegevens van de beschermde persoon en de vertrouwenspersoon;
- een overzicht van de inkomsten en uitgaven van de rekenplichtige periode en een overzicht van de stand van het vermogen aan het begin en aan het einde ervan;
- de data waarop de voorlopige bewindvoerder met de beschermde persoon of de vertrouwenspersoon persoonlijk contact had;
- de materiële levensvoorwaarden en de leefsituatie van de beschermde persoon en de wijze waarop de voorlopige bewindvoerder daarop heeft ingespeeld. De voorlopige bewindvoerder heeft op grond daarvan geen recht op kennisneming of bekendmaking van privé-gegevens met betrekking tot de beschermde persoon[297].

425. De verslagen moeten, op (gedeelde) kosten van de beschermde personen binnen het kanton, kunnen worden gecontroleerd door een bedrijfsrevisor[298]. Van de oorspronkelijke bepalingen daarover in het wetsvoorstel[299], is niets overgebleven.
Op de laattijdige verslaggeving staat als sanctie het ontslag. Een amendement dat dit uitdrukkelijk wilde bepalen, is niet aangehouden[300].

§ 3. EINDVERSLAG (ART. 488*BIS*, C, § 3 B.W.)

426. Ten slotte wordt op dezelfde wijze en aan dezelfde personen rekenschap afgelegd binnen de dertig dagen na het einde van het mandaat van bewindvoerder.
In geval van de vervanging van de voorlopige bewindvoerder of de toepassing van een verdergaand statuut, zal wellicht niet aan de beschermde persoon maar aan diens nieuwe vertegenwoordiger rekenschap worden afgelegd.
Eindigt het voorlopig bewind door het overlijden van de beschermde persoon, dan legt de voorlopige bewindvoerder zijn eindverslag neer ter griffie. De erfgenamen van de beschermde persoon en de notaris belast met de aangifte en verdeling van de nalatenschap kunnen er kennis van nemen. Het voorstel rechtstreeks aan de erfgenamen rekenschap te laten

297 Zie T. DELAHAYE, *l.c.*, nrs. 34, 41 en 59.
298 W. PINTENS en W. VAN GORP, *l.c.*, nr. 386.
299 Toelichting, 10.
300 Senaatsverslag I, 27.

afleggen[301], is niet aangehouden. De vertrouwenspersoon heeft in dit geval geen controlerecht. Eén en ander doet niet af aan de toepassing van de art. 1358 e.v. Ger.W.

§ 4. ANDERE WAARBORGEN

427. Voortaan kan de vrederechter van de voorlopige bewindvoerder waarborgen eisen als dat "nodig" is. Vroeger kon dat als hij dat "noodzakelijk" achtte. Het gaat bijvoorbeeld om de verplichte afsluiting van een (beroeps)aansprakelijkheidsverzekering als bewindvoerder.

428. Belangrijker is dat het vermogen van de beschermde persoon voortaan volledig en duidelijk afgescheiden moet zijn van het persoonlijke vermogen van de bewindvoerder. Wellicht is naast het persoonlijke ook het professionele vermogen bedoeld. De oorspronkelijk voorziene bijzondere regeling voor de echtgenoot-bewindvoerder die met de beschermde persoon onder een gemeenschapsstelsel is gehuwd, is niet aangehouden. Logischerwijze kunnen die echtgenoten noch tot vereffening en verdeling noch tot wijziging van het huwelijksvermogensstelsel worden verplicht[302]. De beide eigen vermogens moeten duidelijk gescheiden blijven van elkaar en van het gemeenschappelijk vermogen.
Hoe dan ook moeten de banktegoeden van de beschermde persoon op zijn naam worden ingeschreven. Voor sommige uitbetalingen van sociale bijslagen is dit vereist. Bovendien kunnen erfgenamen zo gemakkelijker de rekeningen van de beschermde persoon traceren en, meer algemeen, de bewindvoerder controleren. De rekening op eigen naam biedt ook bescherming in geval van insolvabiliteit van de voorlopige bewindvoerder[303]. Het voordeel van de successierechtelijk neutrale vererving waaraan sommige bewindvoerders meewerken, gaat wel verloren[304]. Gelden kunnen niet meer van de kwaliteitsrekening van de bewindvoerder zonder aangifte worden overgesast naar de rekening van de erfgenamen. Bovendien zullen ook de nodige problemen rijzen door de blokkering van de rekeningen bij overlijden, nu de eerste kosten in dat verband niet meer door de voorlopige bewindvoerder met gelden van de overleden beschermde persoon kunnen worden betaald[305].
In geen geval mag de bewindvoerder, zoals vermeld in nr. 366, in dit verband voordelen van de bank ontvangen.

---

301 Kamerverslag I, 25-26.
302 Vgl. Toelichting, 10.
303 Over dat alles Senaatsverslag I, 34-36.
304 T. DELAHAYE, *l.c.*, nr. 60.
305 E. DIERICKX, *l.c.*, 51.

HOOFDSTUK VII.
BETEKENINGEN EN KENNISGEVINGEN

429. Even heeft de wetgever overwogen voortaan een dubbele betekening en kennisgeving van procesakten te verplichten aan de voorlopige bewindvoerder en de beschermde persoon, zeker in aangelegenheden die niet of slechts gedeeltelijk tot de bevoegdheid van de bewindvoerder behoren[306]. Dit voorstel werd ingetrokken met behoud van de enkele betekening of kennisgeving aan de voorlopige bewindvoerder *q.q.* of aan de beschermde persoon per adres van de voorlopige bewindvoerder[307], dus niet aan de beschermde persoon zelf[308].
Volgens sommige (administratief)rechtelijke uitspraken gaat deze verplichting pas in bij de publicatie van de toevoeging van de voorlopige bewindvoerder in het *Belgisch Staatsblad*[309]. Dat is nochtans niet de strekking van art. 488*bis*, i) B.W.
Gebeurt een betekening of kennisgeving toch enkel aan de beschermde persoon, dan is ze nietig. Sommige uitspraken gronden die nietigheid op de regels inzake de bekwaamheid[310], andere op een combinatie van art. 860 en 43, 3° Ger.W. betreffende de vermeldingen die op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven in het exploot van betekening[311].
Het valt te betreuren dat de wetgever de vele problemen in dit verband[312] niet heeft opgelost.

---

306 Toelichting, 11.

307 Voor die twee mogelijkheden: Antwerpen 17 mei 2000, *A.J.T.* 2000-01, 697. Vgl. Vred. Doornik (2), 23 mei 2000, *Div. Act.* 2000, 154: het volstaat dat de betekening toekomt bij de voorlopige bewindvoerder, zodat het normdoel is bereikt.

308 Kamerverslag I, 72.

309 Bijvoorbeeld R. v. St., arrest nr. 75.879 van 23 september 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1745; Antwerpen 17 mei 2000, *A.J.T.* 2000-01, 697.

310 Beslagr. Luik 14 oktober 1996, *J.L.M.B.* 1997, 993.

311 Antwerpen 17 mei 2000, *A.J.T.* 2000-01, 697.

312 Daarover G. STABEL, "Het standpunt van een voorlopige bewindvoerder", *in* P. SENAEVE (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden, o.c.*, p. 288 e.v.

HOOFDSTUK VIII.
EINDE VAN HET VOORLOPIG BEWIND

430. Voor zover nodig, bepaalt de wet voortaan uitdrukkelijk dat de opdracht van de voorlopige bewindvoerder van rechtswege eindigt in geval van overlijden van de beschermde persoon. Vanaf dat ogenblik komen hem in die hoedanigheid geen bevoegdheden meer toe[313]. Bij gebreke van bekende erfgenamen kan hij wel de aanstelling vorderen van (zichzelf als) de curator over de onbeheerde nalatenschap.

[313] Vred. Antwerpen (1), 22 april 1999, *T. Vred.* 2001, 155.

DEEL V
ONBEKWAMEN: DE WET PATIËNTENRECHTEN EN DE EUTHANASIEWET

PROF. DR. THIERRY VANSWEEVELT[1]

Hoogleraar Universiteit Antwerpen
Advocaat

[1] Thierry.Vansweevelt@ua.ac.be.

HOOFDSTUK I.
ONBEKWAMEN EN DE WET PATIËNTEN-RECHTEN

431. Sinds 22 augustus 2002 heeft België een Wet Patiëntenrechten[2]. Een van de reden om zo'n wet uit te vaardigen was het ontbreken van enige regeling of rechtsbescherming inzake de behandeling van handelingsbekwame, maar wilsonbekwame meerderjarige patiënten (bijvoorbeeld geesteszieken die niet onder een beschermingsstatuut vallen, demente bejaarden, …)[3]. Vaak rees inderdaad de vraag of een plaatsvervangende toestemming kon worden gegeven en door wie indien de patiënt daartoe zelf niet meer in staat was.

432. Vooraleer op deze problematiek in te gaan, zal eerst het toepassingsgebied van deze wet worden geschetst, een algemeen beeld worden gegeven van de patiëntenrechten die wettelijk werden geregeld, om dan de specifieke situatie van onbekwamen te bespreken.

§ 1. TOEPASSINGSGEBIED EN DEFINITIES

433. Het voorontwerp van wet inzake patiëntenrechten regelde de rechten van patiënten zowel ten aanzien van beroepsbeoefenaars als ten aanzien van gezondheidsvoorzieningen. Uitgangspunt was dat deze materie behoorde tot de bevoegdheid van de federale wetgever, onder meer inzake gezondheidsbeleid en consumentenbescherming.
De Raad van State meende evenwel dat bepalingen die de administratieve aspecten van de rechtsverhouding tussen een patiënt en een gezondheidszorgvoorziening betreffen, betrekking hebben op een aangelegenheid waarvoor de gemeenschappen bevoegd zijn.
De Raad gaf de wetgever het advies om, met het oog op een exhaustieve en uniforme regeling van de patiëntenrechten, samenwerkingsakkoorden met de gemeenschappen af te sluiten.

434. De federale wetgever is op de suggestie van de Raad van State tot het sluiten van samenwerkingsakkoorden met de Gemeenschappen, niet willen

---

2 *B.S.* 26 september 2002.

3 Memorie van Toelichting bij het Wetsontwerp betreffende de rechten van de patiënt, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, *Parl. St.* Kamer 2001-02, 50-1642/001, p. 9 (verder: Memorie van Toelichting).

ingaan. Veeleer dan te moeten onderhandelen met de Gemeenschappen, heeft de wetgever gekozen voor een oplossing op korte termijn: enkel wat zeker tot de federale bevoegdheid behoorde, wordt in de Wet Patiëntenrechten geregeld.
De Wet Patiëntenrechten regelt dus enkel de rechten van patiënten ten aanzien van de in het K.B. nr. 78 bedoelde beroepsbeoefenaars. Gezondheidszorgvoorzieningen worden in beginsel niet getroffen.

435. De Wet Patiëntenrechten bevat een aantal belangrijke definities.
De *patiënt* is de natuurlijke persoon aan wie gezondheidszorg wordt verstrekt, al dan niet op eigen verzoek.
Gezondheidszorg wordt niet altijd op verzoek van de betrokkene zelf verstrekt, maar ook op verzoek van een derde en soms zonder enig verzoek van wie ook.
Zo kan gezondheidszorg worden verstrekt op verzoek van de patiënt zelf, of op verzoek van zijn vertegenwoordiger (bijvoorbeeld voor een minderjarige patiënt), van een derde (bijvoorbeeld in een controlesituatie) of zonder verzoek (bijvoorbeeld in een spoedgeval).

436. *Gezondheidszorg* wordt omschreven als diensten vertrekt door een beroepsbeoefenaar met het oog op het bevorderen, vaststellen, behouden, herstellen of verbeteren van de gezondheidstoestand van een patiënt of om de patiënt bij het sterven te begeleiden.
Hierbij valt op te merken dat onder gezondheidszorg ook valt het *vaststellen* van de gezondheidstoestand. Het medisch onderzoek in het raam van de verzekeringsgeneeskunde, de gerechtelijke geneeskunde, of het onderzoek door de adviserende arts van een ziekenfonds of van een arbeidsgeneesheer[4], het onderzoek van de gezondheidstoestand van een geesteszieke noodzakelijk in het raam van de wetgeving op de dwangopname, valt dus onder het toepassingsgebied van de wet.
Ook de stervensbegeleiding valt uitdrukkelijk onder de gezondheidszorg, zoals dit trouwens ook werd gewijzigd in het KB nr. 78. Dit is nochtans niet evident, nu er geen curatief doel meer voorhanden is, terwijl geneeskunde klassiek steeds als handelen met een curatief of preventief doel werd beschouwd.
De mantelzorg door familie of vrienden valt niet onder het begrip gezondheidszorg[5].

---

4 Memorie van Toelichting, 15.

5 Zie voor een meer uitgebreide analyse van het begrip "gezondheidszorg", H. NYS, "De wet betreffende de rechten van de patiënt", *R.W.* 2002-03, 1121; C. TROUET en I. DREEZEN, "Rechtsbescherming van de patiënt", *NjW* 2003, 4.

437. Onder het begrip *beroepsbeoefenaar* worden verstaan alle beroepsbeoefenaars die vallen onder het toepassingsgebied van het KB nr. 78, namelijk artsen, tandartsen, apothekers, vroedvrouwen, kinesisten, verpleegkundigen en paramedici, evenals de beoefenaars van niet-conventionele praktijken vanaf de inwerkingtreding van de Wet van 29 april 1999 (osteopaten, chiropractors, acupuncturisten, homeopaten).

§ 2. RECHTEN VAN DE PATIËNT

A. Recht op een kwaliteitsvolle dienstvertrekking

438. Het recht op een kwaliteitsvolle dienstverstrekking is een individueel patiëntenrecht dat geldt ten opzichte van de beroepsbeoefenaar met wie de patiënt in een rechtsverhouding staat. Dit individuele recht mag aldus niet worden verward met het sociale grondrecht op gezondheidszorg tegenover de overheid.
Dit recht garandeert niet dat aan alle mogelijke individuele behoeften van de patiënt wordt tegemoetgekomen. Het strekt er enkel toe aan elke patiënt, zonder enig onderscheid, een goede, zorgvuldige en kwaliteitsvolle gezondheidszorg te garanderen.
De beroepsbeoefenaar moet zich gedragen als een normaal zorgvuldige beroepsbeoefenaar in overeenstemming met de geldende standaarden zoals die voortvloeien uit de huidige wetenschap.
De patiënt heeft ook recht op respect voor zijn morele en culturele waarden en de religieuze en filosofische overtuigingen van welke aard ook[6].

B. Recht op vrije keuze van beroepsbeoefenaar

439. De wetgever beschouwt het recht op vrije keuze van de beroepsbeoefenaar als een specifieke toepassing van het zelfbeschikkingsrecht van elke burger.
Dit betekent dat de patiënt in beginsel zelf zijn beroepsbeoefenaar kiest. Vervolgens heeft dit tot gevolg dat de patiënt ook steeds zijn keuze kan herzien.
Het recht op vrije keuze is echter geen absoluut recht. Het kan op de eerste plaats worden beperkt krachtens de wet, bijvoorbeeld in de arbeidsongevallenwetgeving, in de arbeidsgeneeskunde, de behandeling van gedetineerden, de gedwongen opname van geesteszieken, …[7]

---

6 Memorie van Toelichting, 18.
7 Memorie van Toelichting, 19.

Op de tweede plaats is dit recht ook onderhevig aan beperkingen inherent aan de voorwaarden waaronder de gezondheidszorg ter beschikking wordt gesteld. Praktische overwegingen binnen de gezondheidszorgvoorziening en binnen het werken in een team kunnen de vrije keuze van een beroepsbeoefenaar bemoeilijken.

C. Recht op informatie over de gezondheidstoestand

440. Artikel 7 Wet Patiëntenrechten bepaalt dat de patiënt tegenover de beroepsbeoefenaar recht heeft op alle informatie die nodig is om inzicht te krijgen in zijn gezondheidstoestand en de vermoedelijke evolutie ervan. Dit recht staat op zichzelf zonder dat er sprake moet zijn van een voorgenomen behandeling. Het kan immers zijn dat er geen behandeling bestaat, bijvoorbeeld genetische ziekten, terminaal zieke patiënten. Of de patiënt kan de behandeling weigeren.
De informatie kan betrekking hebben op de diagnose, op het toekomstig wenselijk gedrag (bijvoorbeeld medicatie, risico's bij zwangerschap, ...)
Dit artikel is wel enigszins verwarrend waar het stelt dat de patiënt recht heeft op alle informatie.
Nochtans moet de beroepsbeoefenaar rekening houden met de wensen en behoeften van elke patiënt afzonderlijk.

441. Ook de wijze van informatieverstrekking moet aangepast zijn aan de individuele patiënt. De communicatie met de patiënt moet geschieden in een voor hem duidelijke en begrijpelijke taal. De beroepsbeoefenaar moet dus rekening houden met specifieke kenmerken van de patiënt, zoals zijn opleiding, zijn leeftijd, …
De Memorie van Toelichting stelt verder dat de communicatie moet gebeuren volgens de regels van de taalwetgeving. Dit is bizar, nu dit mogelijk strijdig is met het vereiste van een begrijpelijke taal. Welke zin heeft het dat een Nederlandsonkundige wordt geïnformeerd in het Nederlands wanneer hij daarvan niets begrijpt? Het vereiste van een begrijpelijke taal dient hier voorrang te krijgen opdat de informatieverstrekking enig nut zou hebben[8].

442. In beginsel wordt de informatie mondeling verstrekt.
De patiënt kan de beroepsbeoefenaar wel verzoeken om de mondelinge informatie schriftelijk te bevestigen. Zo kan de patiënt de informatie rustig doornemen en eventueel bespreken met anderen en met de beroepsbeoefenaar zelf.

---

[8] Zie ook C. TROUET en I. DREEZEN, *l.c.*, 5 die stellen dat soms een tolk zal moeten worden ingeschakeld.

De beroepsbeoefenaar kan ook zelf het initiatief nemen om de informatie schriftelijk te verstrekken.
De informatie kan op verzoek van de patiënt ook aan een vertrouwenspersoon worden meegedeeld[9]. Dit verzoek van de patiënt en de identiteit van de vertrouwenspersoon worden opgetekend of, bij een schriftelijk verzoek, toegevoegd in het patiëntendossier.
De aanduiding van de vertrouwenspersoon gebeurt dus zeer informeel, zonder dat een bepaalde procedure moet worden gevolgd.
De vertrouwenspersoon kan het aanbod van de patiënt weigeren of erop ingaan. Hij verkrijgt alsdan informatie die in het belang van de patiënt moet worden aangewend. De patiënt blijft echter wel zelf al zijn rechten uitoefenen. De vertrouwenspersoon treedt niet in zijn plaats[10].

443. De Wet Patiëntenrechten bevestigt ook het recht op niet weten van de patiënt.
Op uitdrukkelijk verzoek van de patiënt wordt hem geen informatie verstrekt, tenzij het niet meedelen ervan klaarblijkelijk ernstig nadeel oplevert voor de gezondheid van de patiënt of derden. De behandelende beroepsbeoefenaar dient hierover voorafgaandelijk een andere beroepsbeoefenaar te hebben geraadpleegd en de eventuele vertrouwenspersoon te hebben gehoord[11]. De beroepsbeoefenaar-consulent hoeft dus geen arts te zijn[12]. Bovendien moet hij enkel worden geraadpleegd; de behandelende beroepsbeoefenaar kan vervolgens naar eigen goeddunken handelen.
Het verzoek van de patiënt om niet te weten wordt opgetekend of toegevoegd aan het patiëntendossier.

444. Anderzijds mag ook de beroepsbeoefenaar uitzonderlijk informatie achterhouden, wanneer het meedelen ervan klaarblijkelijk ernstig nadeel voor de gezondheid van de patiënt zou meebrengen. Ook hier moet de beroepsbeoefenaar hierover een andere beroepsbeoefenaar raadplegen. Een schriftelijke motivering wordt aan het patiëntendossier toegevoegd. De vertrouwenspersoon wordt ingelicht.
Indien het klaarblijkelijk nadeel na een tijd verdwijnt, moet de beroepsbeoefenaar de informatie alsnog meedelen.

---

9 Zie voor een overzicht van de bevoegdheden van de vertrouwenspersoon: D. MAYERUS en P. STAQUET, "La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et son impact sur la relation patient-médecin", *D.C.C.R.* 2002, 13.

10 Memorie van Toelichting, 21.

11 Zie ook C. TROUET en I. DREEZEN, *l.c.*, 4.

12 Contra: H. NYS, *l.c.*, *R.W.* 2002-03, 1126 op grond van het feit dat om de gezondheidstoestand te beoordelen, men bevoegd moet zijn om de geneeskunde te beoefenen; de vraag rijst mijns inziens of ook verpleegkundigen de gezondheidstoestand niet mogen beoordelen.

D. Het recht op een geïnformeerde toestemming

445. De patiënt heeft het recht om vooraf en vrij op een geïnformeerde wijze toe te stemmen in iedere tussenkomst van een beroepsbeoefenaar. De patiënt kan ofwel impliciet ofwel uitdrukkelijk in een tussenkomst toestemmen. De toestemming zal impliciet zijn wanneer de beroepsbeoefenaar uit de gedragingen van de patiënt redelijkerwijze diens toestemming kan afleiden.
Op verzoek of met akkoord van de patiënt wordt de toestemming schriftelijk vastgelegd en toegevoegd aan het patiëntendossier.
De wetgever heeft de vrijheid van de beroepsbeoefenaar om de toestemming van de patiënt schriftelijk vast te leggen onderworpen aan het akkoord van de patiënt. Het doel hiervan was paal en perk te stellen aan "*het toenemend beroep op toestemmingsformulieren*"[13], omdat die het gevaar zouden inhouden van standaardisering en uniformisering van de communicatie. Of dit gevaar reëel is en of dit doel zal worden bereikt, kan ernstig worden betwijfeld. Het gebruik van toestemmingsformulieren kan aan de patiënt de gelegenheid geven de informatie rustig na te lezen en daar nadien vragen over te stellen. Bovendien zal een beroepsbeoefenaar die gebruik wenst te maken van toestemmingsformulieren, de patiënt daartoe wellicht kunnen overtuigen, zodat het vereiste van het akkoord van de patiënt wel eens een lege doos zou kunnen zijn.

446. Welke informatie moet er worden verstrekt? De informatie moet, in voorkomend geval, slaan op het doel, de aard, de graad van urgentie van de behandeling, de frequentie ervan, de voor de patiënt relevante tegenaanwijzingen, de relevante nevenwerkingen, de relevante risico's van de tussenkomst, de financiële gevolgen van de behandeling, zoals informatie over de totale kost van de tussenkomst, met inbegrip van de honoraria, remgelden en supplementen, de mogelijke alternatieven en de gevolgen van een behandelingsweigering door de patiënt.

447. De informatie wordt ook hier in een duidelijke en begrijpelijke taal verstrekt.
De informatie moet voorafgaandelijk en tijdig worden verstrekt, zodat de patiënt ook tijd heeft voor een *second opinion*.
Onder dezelfde voorwaarden kan de patiënt zich beroepen op zijn recht op niet weten indien hij geen prijs stelt op informatie.
Anderzijds kan de beroepsbeoefenaar zich in deze omstandigheden niet beroepen op de therapeutische exceptie. Deze informatie is juist bedoeld om de patiënt met kennis van zaken een beslissing te laten nemen. Deze

[13] Memorie van Toelichting, 25.

exceptie kan niet worden gebruikt om informatie te onthouden uit vrees dat de patiënt de ingreep wel eens zou kunnen weigeren. Wel kan bij de informatieverstrekking rekening worden gehouden met de draagkracht van de patiënt.

448. Ten slotte heeft de patiënt ook het recht om zijn toestemming in een tussenkomst te weigeren of in te trekken. Zonder toestemming van de patiënt, heeft de beroepsbeoefenaar niet het recht die te behandelen. Dit zou strijdig zijn met het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt.
Op verzoek van de patiënt of de beroepsbeoefenaar wordt de weigering of de intrekking van de toestemming schriftelijk vastgelegd of toegevoegd aan het patiëntendossier.
Ook indien de patiënt op het moment dat hij nog wilsbekwaam was, een negatieve wilsverklaring heeft opgesteld waarin hij een bepaalde tussenkomst weigert, dient deze weigering te worden geëerbiedigd, zolang de patiënt ze niet herroept op een moment dat hij in staat is om zijn rechten zelf uit te oefenen. De negatieve wilsverklaring is aldus bindend voor de beroepsbeoefenaar.

449. Wanneer er in een spoedgeval geen duidelijkheid bestaat omtrent de al dan niet voorafgaande wilsuitdrukking van de patiënt of zijn vertegenwoordiger, gebeurt elke tussenkomst van de beroepsbeoefenaar onmiddellijk in het belang van de gezondheid van de patiënt.
Hiervan wordt melding gemaakt in het patiëntendossier.

E. Het recht op inzage en afschrift van het patiëntendossier

450. Op de eerste plaats heeft de patiënt ten aanzien van de beroepsbeoefenaar recht op een zorgvuldig bijgehouden en veilig bewaard patiëntendossier[14].
De inhoudelijke normen waaraan zo'n patiëntendossier moet voldoen, worden geregeld in het K.B. van 3 mei 1999 betreffende het algemeen medisch dossier en het K.B. van 3 mei 1999 inzake het medisch dossier bedoeld in art. 15 Ziekenhuiswet.

451. Op verzoek van de patiënt dient de beroepsbeoefenaar door de patiënt verstrekte documenten toe te voegen aan het patiëntendossier. Gedacht werd aan door de patiënt opgestelde verklaringen en wetenschappelijke publicaties[15].

---

[14] Artikel 9, § 1 Wet Patiëntenrechten.
[15] Memorie van Toelichting, 29.

452. Artikel 9, § 2 Wet Patiëntenrechten kent de patiënt een rechtstreeks inzagerecht toe in het hem betreffende patiëntendossier. Het inzagerecht kan dus worden uitgeoefend zonder tussenkomst van een derde, bijvoorbeeld een beroepsbeoefenaar.

453. Toch heeft de wetgever het rechtstreekse inzagerecht niet volledig durven doorvoeren. Immers, de persoonlijke notities van de beroepsbeoefenaar en (logischerwijze) de gegevens die betrekking hebben op derden zijn van het recht op inzage uitgesloten.
Weliswaar definieert de Memorie van Toelichting het begrip "persoonlijke notities" zeer eng als "*de aantekeningen die door de beroepsbeoefenaar afzonderlijk werden opgeborgen, die voor anderen, zelfs voor medebetrokkenen van de zorgverleningequipe, nooit toegankelijk zijn en die nodig zijn voor het persoonlijke gebruik van de zorgverlener*".
Zodra de beroepsbeoefenaar deze aantekeningen spontaan overlegt aan een collega, verliezen zij hun karakter van persoonlijke notities en kunnen zij dus niet worden uitgesloten van het inzagerecht.
De Memorie van Toelichting is verder erg zwijgzaam over het begrip "persoonlijke notities" en de reden van deze uitzondering. Enigszins laconiek verwijst de Memorie naar de ombudsfunctie die bemiddelend kan optreden omtrent discussies over de term "persoonlijke notities".

454. Naast de persoonlijke notities, bevat de Wet Patiëntenrechten een tweede uitzondering op het rechtstreekse inzagerecht, namelijk de therapeutische exceptie. De wetgever wou voorkomen dat de patiënt aan wie informatie over zijn gezondheidstoestand niet werd meegedeeld op grond van de therapeutische exceptie, deze informatie toch zou verkrijgen via het inzagerecht.
Indien de beroepsbeoefenaar zich beroept op de therapeutische exceptie om de patiënt een rechtstreeks inzagerecht te weigeren, oefent de patiënt zijn inzagerecht op onrechtstreekse wijze uit via een door hem aangewezen beroepsbeoefenaar. Deze beroepsbeoefenaar heeft dan wel inzage in de persoonlijke notities. Hierdoor creëert de wetgever toch weer de toestand die hij wou vermijden door het invoeren van het rechtstreekse inzagerecht.

455. In het algemeen kan de patiënt er zelf voor opteren zich voor het inzagerecht te laten bijstaan door of zijn inzagerecht te laten uitoefenen via een door hem aangewezen vertrouwenspersoon. Indien deze vertrouwenspersoon een beroepsbeoefenaar is, heeft hij ook inzage in de persoonlijke notities.
Het kan worden voorspeld dat de inzage via een door de patiënt aangewezen beroepsbeoefenaar de regel zal worden, nu enkel op die wijze het inzagerecht volledig zal zijn.

456. Wie heeft recht op inzage na het overlijden van de patiënt?
Artikel 9 Wet Patiëntenrechten schrijft voor dat na het overlijden van de patiënt de echtgenoot, de wettelijk samenwonende partner, de partner en de bloedverwanten tot en met de tweede graad van de patiënt recht hebben op inzage. Dit inzagerecht is echter onderworpen aan drie voorwaarden.
Op de eerste plaats betreft het een onrechtstreeks inzagerecht. Waarom? Volgens de Memorie van Toelichting kan de beroepsbeoefenaar nuttige informatie geven over de belangen van de verzoeker. Nochtans kan de verzoeker dit allicht zelf ook, zodat dit argument weinig overtuigend is. Maar het betreft hier verder niet het privé-leven van de nabestaanden. Op deze manier wordt het privé-leven van de overledene het best beschermd. Dit inzagerecht kan dus slechts worden uitgeoefend door een door de verzoeker aangewezen beroepsbeoefenaar. Deze beroepsbeoefenaar heeft ook inzage in de persoonlijke notities. De term beroepsbeoefenaar komt hier wel vreemd over. Kan een kinesist zomaar inzage krijgen in het patiëntendossier bijgehouden door een arts?
Op de tweede plaats moet het verzoek tot inzage voldoende gemotiveerd en gespecificeerd zijn. Inzage door derden in het patiëntendossier van de betrokkene is een inbreuk op de privacy van de patiënt en kan daarom slechts worden toegelaten wanneer de belangen van de verzoekers tot inzage opwegen tegen dit recht op privacy. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de nabestaanden vermoeden dat er een fout werd begaan. Inzage kan ook om medische redenen gerechtvaardigd zijn, bijvoorbeeld wanneer men wil nagaan of een bepaalde aandoening antecedenten kent in de familie van de verzoeker. De arts zal dus geval tot geval een afweging van belangen moeten maken.
Op de derde plaats mag de patiënt zich tegen deze inzage niet uitdrukkelijk hebben verzet.

457. Het recht op afschrift van het patiëntendossier is het logische uitvloeisel van het inzagerecht. Men kan de patiënt die inzage heeft bezwaarlijk verplichten de gegevens van het dossier over te schrijven.
Artikel 9, § 3 Wet Patiëntenrechten bepaalt dan ook dat de patiënt recht heeft op afschrift van het geheel of een gedeelte van het hem betreffend patiëntendossier. Dit afschrift kan diverse vormen aannemen, zoals een kopie, een diskette, een e-mailbericht, of een met de hand geschreven afschrift[16].
Het recht op afschrift wordt uitgeoefend onder dezelfde voorwaarden als het recht op inzage. Dit betekent dat binnen de 15 dagen gevolg moet worden gegeven aan het verzoek van de patiënt. Uitgesloten van het recht

[16] *Ibid.*, 33.

op afschrift zijn de gegevens die betrekking hebben op derden en de persoonlijke notities, tenzij het afschrift wordt opgestuurd naar een beroepsbeoefenaar.
Indien de beroepsbeoefenaar zich beroept op de therapeutische exceptie, kan het afschrift enkel naar een beroepsbeoefenaar worden gestuurd die echter ook inzage heeft in de persoonlijke notities.
De patiënt heeft recht op een afschrift tegen kostprijs. Ieder afschrift vermeldt dat het strikt persoonlijk en vertrouwelijk is.

458. De beroepsbeoefenaar kan een afschrift weigeren wanneer hij over duidelijke aanwijzingen beschikt dat de patiënt onder druk wordt gezet om een afschrift van zijn dossier aan derden mee te delen. Hierbij werd gedacht aan verzekeraars en werkgevers die druk zouden uitoefenen om een afschrift van het dossier te verkrijgen of aan bepaalde instellingen waar personen gedwongen worden in een gesloten context samen te leven, zoals een instelling ter bescherming van de maatschappij of een gevangenis.

F. Recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer

459. De patiënt heeft recht op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer bij iedere tussenkomst van de beroepsbeoefenaar en in het bijzonder betreffende de informatie die verband houdt met zijn gezondheid.
Uitdrukkelijk wordt nu ook het recht van de patiënt op respect voor zijn intimiteit erkend. De patiënt heeft met andere woorden ook recht op ruimtelijke privacy. Zo kunnen bij de zorgverlening van de patiënt personen enkel aanwezig zijn wanneer dit beroepshalve is vereist. Beroepsbeoefenaars in opleiding kunnen aldus wel aanwezig zijn, omdat deze praktijkervaring voor hen noodzakelijk is om hun beroep aan te leren.
Wel kan de patiënt zich steeds verzetten tegen de aanwezigheid van anderen dan de beroepsbeoefenaar.

G. Klachtrecht

460. De patiënt heeft het recht een klacht in te dienen over de uitoefening van zijn rechten bij de bevoegde ombudsfunctie[17].
Welke is die bevoegde ombudsfunctie?
Hiervoor moet worden gekeken naar het nieuwe art. 70*quater* Ziekenhuiswet dat stelt dat om te worden erkend, elk ziekenhuis moet beschikken over een ombudsfunctie zoals bedoeld in art. 11 Wet Patiëntenrechten met dien verstande dat de Koning de voorwaarden kan omschrijven waaronder de

[17] Artikel 11 Wet Patiëntenrechten.

ombudsfunctie via een samenwerkingsakkoord tussen ziekenhuizen mag worden uitgeoefend.
Meteen valt op dat enkel in ziekenhuizen een ombudsfunctie verplicht wordt gesteld voor de door individuele beroepsbeoefenaars begane schendingen van de Wet Patiëntenrechten. Voor klachten tegen beroepsbeoefenaars die buiten het ziekenhuis werkzaam zijn, bijvoorbeeld huisartsen, zal de patiënt zich moeten richten tot de Federale commissie "Rechten van de patiënt"[18].

461. Deze ombudsfunctie heeft volgende opdrachten:
1° het voorkomen van vragen en klachten door de communicatie tussen patiënt en beroepsbeoefenaar te bevorderen;
2° het bemiddelen bij klachten met het oog op het bereiken van een oplossing;
3° het inlichten van de patiënt inzake de mogelijkheden voor de afhandeling van zijn klacht bij gebrek aan het bereiken van een oplossing;
4° het verstrekken van informatie over de organisatie, de werking en de procedureregels van de ombudsfunctie;
5° het formuleren van aanbevelingen ter voorkoming van herhaling van tekortkomingen die aanleiding kunnen geven tot een klacht.

462. De Wet Patiëntenrechten zegt niets over het statuut van de ombudsfunctie.
Bij K.B. zullen de voorwaarden worden geregeld waaraan de ombudsfunctie moet voldoen inzake onafhankelijkheid, beroepsgeheim, deskundigheid, juridische bescherming, organisatie, werking, financiering, procedureregeling en gebiedsomschrijving.

§ 3. ONBEKWAMEN EN DE UITOEFENING VAN PATIËNTENRECHTEN

463. Patiëntenrechten zijn persoonlijkheidsrechten en worden dus per definitie door de persoon zelf uitgeoefend.
Het is echter mogelijk dat de persoon niet in staat is om die rechten zelf uit te oefenen. Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld minderjarigen en handelingsonbekwame en/of wilsonbekwame meerderjarigen. De wetgever heeft voor beide categorieën een regeling uitgewerkt.

---

[18] Artikel 16, § 3 Wet Patiëntenrechten; zie voor de werking en de samenstelling van de Federale Commissie "Rechten van de patiënt", het K.B. van 1 april 2003, *B.S.* 13 mei 2003 en het K.B. van 16 mei 2003, *B.S.* 27 mei 2003.

A. Minderjarigen

464. In overeenstemming met het gemene recht[19] worden de rechten van een minderjarige (patiënt) uitgeoefend door de ouders of door de voogd bij gebrek aan ouders die het gezag uitoefenen. Dit is de algemene regel. Maar sinds enige tijd is aanvaard dat de minderjarige niet meer als een onmondig rechtssubject kan worden beschouwd tot aan zijn meerderjarigheid. De volwassenwording is een groeiproces. De minderjarige – zeker als hij mondig is – moet dus ook worden betrokken[20].
Twee mogelijkheden zijn denkbaar. Ofwel kan, zoals in Nederland, worden gewerkt met leeftijdsgrenzen. Ofwel kan een zekere beoordelingsvrijheid aan de beroepsbeoefenaar worden toegekend bij de beoordeling van de mondigheid van de minderjarige patiënt.
De Belgische wetgever heeft terecht geopteerd voor de meer soepele laatstgenoemde zienswijze, nu leeftijdsgrenzen niet steeds beantwoorden aan de meer genuanceerde werkelijkheid waarbij in concreto de rijpheid van de minderjarige kan worden afgewogen ten opzichte van de specifieke ingreep en situatie. Deze oplossing beantwoordt ook aan het vereiste van art. 12, lid 1, Kinderrechtenverdrag.
Artikel 12, § 2 Wet Patiëntenrechten stelt dan ook dat de minderjarige bij de uitoefening van zijn rechten wordt betrokken rekening houdend met zijn leeftijd en rijpheid.
Bovendien is het mogelijk dat de beroepsbeoefenaar vaststelt dat de minderjarige tot een redelijke beoordeling van zijn belangen in staat is. De minderjarige kan dan zelfstandig zijn rechten uitoefenen.

465. Aldus zijn er drie mogelijkheden.
De minderjarige is onmondig. De ouders of de voogd oefenen de rechten van de minderjarige uit.
De minderjarige kan gelet op zijn leeftijd en rijpheid worden betrokken in de uitoefening van zijn rechten. Dit zal dan gebeuren in samenspraak met de ouders.
Ten slotte kan de minderjarige geacht worden volledig zelfstandig zijn rechten te kunnen uitoefenen. De ouders kunnen zich dan niet meer mengen in de uitoefening van de rechten door de minderjarige[21].

---

19 Artikelen 372 e.v. B.W.

20 Zie meer uitgebreid T. VANSWEEVELT, "Persoonlijkheidsrechten van minderjarigen en grenzen van het ouderlijk gezag: de toestemming van de minderjarige in een medische behandeling", *R.W.* 1987-88, 897-912.

21 Zie over de mogelijke conflicten tussen ouders onderling en tussen ouders en minderjarige: T. VANSWEEVELT, *l.c.*, *R.W.* 1987-88, 897 e.v.

B. Wilsonbekwame meerderjarigen

466. Bij de wilsonbekwame meerderjarige patiënten heeft de wetgever een onderscheid gemaakt naargelang de betrokkenen al dan niet onder een wettelijk statuut vallen.
De rechten van een meerderjarige patiënt die valt onder het statuut van verlengde minderjarigheid of gerechtelijke onbekwaamverklaring worden uitgeoefend door zijn ouders of zijn voogd.
Ook bij deze handelingsonbekwamen is het mogelijk dat zij nog over enig wilsvermogen beschikken. Daarom schrijft art. 13, § 2 Wet Patiëntenrechten voor dat de patiënt zoveel als mogelijk en in verhouding tot zijn begripsvermogen wordt betrokken bij de uitoefening van zijn rechten.

467. Het ontbreken van een regeling voor de vertegenwoordiging van wilsonbekwame meerderjarige patiënten (bijvoorbeeld demente patiënten, comateuze patiënten, …) die niet onder een wettelijk statuut vallen, werd vroeger steeds als een leemte ervaren. Het is één van de belangrijkste verdiensten van de Wet Patiëntenrechten voor deze problematiek eindelijk een regeling te hebben uitgewerkt.
Of een persoon al dan niet in staat is zelf zijn rechten als patiënt uit te oefenen, zal in elk geval afzonderlijk door de beroepsbeoefenaar moeten worden uitgemaakt[22].
De wetgever heeft voorzien in een cascaderegeling voor de vertegenwoordiging van wilsonbekwame patiënten. Uitgangspunt van de wettelijke regeling is dat de plaatsvervanger het best het standpunt van de patiënt kent en die aldus kan weergeven.

468. Op de eerste plaats kunnen de rechten van de wilsonbekwame worden uitgeoefend door een persoon die door de patiënt zelf werd benoemd toen hij daartoe nog in staat was. De Wet Patiëntenrechten noemt deze persoon met een weinig elegante term "*de door de patiënt benoemde vertegenwoordiger*". Deze vertegenwoordiger wordt aangewezen bij een gedagtekend en door de patiënt en de vertegenwoordiger ondertekend bijzonder schriftelijk mandaat waaruit de toestemming van de vertegenwoordiger blijkt. Dit mandaat kan door de patiënt of door vertegenwoordiger via een gedagtekend en ondertekend geschrift worden herroepen.
De taken van de door de patiënt benoemde vertegenwoordiger reiken veel verder dan die van de vertrouwenspersoon. De vertrouwenspersoon staat de patiënt enkel bij in de uitoefening van bepaalde rechten (zoals het recht op informatie over zijn gezondheidstoestand en het recht op inzage in het patiëntendossier), maar treedt niet in zijn plaats.

---

[22] H. Nys, *l.c.*, *R.W.* 2002-03, 1132; C. Trouet en I. Dreezen, *l.c.*, 11.

De door de patiënt benoemde vertegenwoordiger daarentegen treedt in de plaats van de patiënt en oefent dus zelf diens rechten uit.
Voor de patiënt is het belangrijk dat de beroepsbeoefenaar op de hoogte is van dit mandaat. De patiënt kan het vooraf aan de (huis)arts hebben meegedeeld, of hij kan het geschrift met zich meedragen, of hij kan het mandaatdocument aan het dossier hebben toegevoegd, …

469. Het is denkbaar dat de patiënt geen vertegenwoordiger heeft benoemd of dat de benoemde vertegenwoordiger niet wenst op te treden. Trouw aan het bovenvermeld uitgangspunt worden dan de gezins- of familieleden geacht het best de wensen van de patiënt te kunnen uitdrukken. Dit zijn dan de zgn. *informele vertegenwoordigers*.
Op de eerste plaats worden de rechten van de patiënt uitgeoefend door de samenwonende partner, de wettelijk samenwonende partner of feitelijk samenwonende partner.
Indien deze personen ontbreken of niet wensen op te treden, worden de rechten in dalende volgorde uitgeoefend door een meerderjarig kind, een ouder, een meerderjarige broer of zus van de patiënt. Indien er verscheidene meerderjarige kinderen, ouders, broers of zussen zijn die willen optreden als informele vertegenwoordiger, dan kiest de beroepsbeoefenaar, bij voorkeur in overleg met de betrokkenen, wie hij als informele vertegenwoordiger zal beschouwen. Wordt er geen oplossing gevonden voor het conflict, dan behartigt de beroepsbeoefenaar de belangen van de patiënt.
Indien de vermelde informele vertegenwoordigers weigeren op te treden of indien ze ontbreken, behartigt de betrokken beroepsbeoefenaar, in voorkomend geval in multidisciplinair overleg, de belangen van de patiënt.
Ook in deze hypothese wordt de patiënt zoveel als mogelijk en in verhouding tot zijn begripsvermogen betrokken bij de uitoefening van zijn rechten.

470. De vertegenwoordiger van de patiënt kan dus alle rechten van de patiënt uitoefenen zoals onder meer het rechtstreekse inzagerecht in het patiëntendossier.
Nochtans kan de beroepsbeoefenaar inzage of afschrift weigeren aan de vertegenwoordiger en dit met het oog op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de patiënt.
In dat geval wordt het recht op inzage of afschrift uitgeoefend door een door de vertegenwoordiger aangewezen beroepsbeoefenaar[23].

471. Het beslissingsrecht van de vertegenwoordiger is ook niet absoluut.

[23] Artikel 15, § 1 Wet Patiëntenrechten.

In het belang van de patiënt en teneinde een bedreiging van diens leven of een ernstige aantasting van diens gezondheid af te wenden, wijkt de beroepsbeoefenaar, in voorkomend geval in multidisciplinair overleg, af van de beslissing genomen door de vertegenwoordiger[24]. Hierbij kan worden gedacht aan de ouders, getuigen van Jehova, die een noodzakelijke bloedtransfusie weigeren voor hun minderjarig kind.
Indien de beslissing werd genomen door een door de patiënt benoemde vertegenwoordiger, wijkt de beroepsbeoefenaar hiervan slechts af voor zover die persoon zich niet kan beroepen op de uitdrukkelijke wil van de patiënt (bijvoorbeeld een door getuigen bevestigde mondelinge wilsuiting, een bandopname,videotape, of zelfs een artikel geschreven door de betrokkene).
De beroepsbeoefenaar voegt een schriftelijke motivering toe aan het patiëntendossier.

BESLUIT 1

472. De Wet Patiëntenrechten is niet echt vernieuwend. Hij bevat voornamelijk een codificatie van reeds bestaande principes.
Wat zal er specifiek veranderen?
Nieuw zijn de bepalingen met betrekking tot het patiëntendossier. De arts zal allereerst zijn dossiers zorgvuldig moeten invullen en bewaren. Op verzoek van de patiënt moet de arts binnen de 15 dagen inzage verlenen in het dossier en/of een afschift aan de patiënt bezorgen. Indien inzage of afschrift bestemd is voor een beroepsbeoefenaar moeten ook de persoonlijke notities worden vrijgegeven.
De wet geeft nu ook duidelijk aan over welke punten de patiënt moet worden geïnformeerd. De arts zal informatie moeten verschaffen over het doel, de aard, de frequentie, de urgentie, de relevante bijwerkingen en risico's van de behandeling, maar ook over de kostprijs, de behandelingsalternatieven van de behandeling en de nazorg.
De arts die minderjarigen en vooral wilsonbekwame meerderjarigen behandelt (bijvoorbeeld geesteszieken) heeft nu ook meer houvast aan wie hij toestemming moet vragen alvorens een behandeling moet starten.
Jammer is dat de wetgever een halfslachtige wet heeft gestemd, die slechts van toepassing is op individuele beroepsbeoefenaars en niet op instellingen van gezondheidszorg.
Merkwaardig is ten slotte dat deze wet niet voorziet in specifieke sancties. Volgens de wetgever volstaan de burgerrechtelijke, strafrechtelijke en

[24] Artikel 15, § 2 Wet Patiëntenrechten.

tuchtrechtelijke sancties en was het vooral de bedoeling de inhoud van de patiëntenrechten te verduidelijken[25].

[25] Memorie van Toelichting, 17.

HOOFDSTUK II.
ONBEKWAMEN EN DE EUTHANASIEWET[26]

§ 1. MATERIEEL TOEPASSINGSGEBIED

473. Artikel 2 van de Euthanasiewet heeft het toepassingsgebied van de wet duidelijk afgebakend. Voor de toepassing van deze wet wordt onder euthanasie verstaan het opzettelijk levensbeëindigend handelen door een ander dan de betrokkene, op diens verzoek.
Het betreft een algemene en neutrale definitie[27].
In zeer *algemene* bewoordingen vereist deze definitie, dat opzettelijk levensbeëindigend wordt gehandeld door een derde op verzoek van de betrokkene. Er wordt geen melding gemaakt van wie deze handeling kan/mag uitvoeren of onder welke voorwaarden euthanasie kan worden toegepast. In art. 3 Euthanasiewet wordt wel duidelijk gemaakt dat enkel op verzoek van de patiënt zelf enkel een arts euthanasie kan toepassen.
Deze definitie is ook *neutraal* over de aard van het lijden – fysiek of psychisch – van de betrokkene of over de duur van zijn levensverwachting. In het denkbeeld van een aantal mensen wordt euthanasie meestal in verband gebracht met terminale patiënten die fysiek lijden. De door art. 2 vooropgestelde definitie verwijst echter geenszins naar het terminale karakter van de ziekte of de aard van het lijden van de patiënt[28].

474. Artikel 3, § 1 van de Euthanasiewet schrijft de materiële voorwaarden voor waaronder euthanasie geoorloofd is. Het betreft drie essentiële voorwaarden die betrekking hebben op de hoedanigheid van de patiënt, op de aard van het verzoek en op de medische toestand van de patiënt. Zij worden nu achtereenvolgens besproken.

---

[26] Dit hoofdstuk is een herwerkte samenvatting van een grondiger artikel verschenen in het *T. Gez./Rev.Dr.Santé* 2002-03, 216 e.v.

[27] Vgl. E. VERMEERSCH die tijdens de hoorzitting in de Senaat de definitie als "zeer strikt" omschreef *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 10.

[28] P. CRAS en T. VANSWEEVELT, "Levensbeëindigende handelingen bij niet terminale patiënten: kanttekeningen bij enkele praktijkgevallen", *T.Gez./Rev.Dr.Santé* 2001-02, 2.

A. Een handelingsbekwame meerderjarige of ontvoogde minderjarige bewuste patiënt

1. Principe

475. De patiënt die om euthanasie verzoekt moet een meerderjarige of een ontvoogde minderjarige persoon zijn die handelingsbekwaam en bewust is op het ogenblik van zijn verzoek[29].
In beginsel kan dus elke persoon die achttien jaar en handelingsbekwaam is alsook een ontvoogde minderjarige, die bekwaam is wat betreft zijn persoon, een verzoek tot euthanasie formuleren.
Merk op dat de Euthanasiewet geen nationaliteitsvereiste of een verblijfsvoorwaarde oplegt. Om het even welke meerderjarige en handelingsbekwame persoon, Belg of buitenlander, die zich op het Belgische grondgebied bevindt, kan om euthanasie verzoeken.

2. Handelingsonbekwamen

476. Wie handelingsonbekwaam is, valt niet onder het toepassingsgebied van de wet.
Van meet af aan was het de bedoeling van de wetgever om minderjarige en meerderjarige handelingsonbekwamen uit te sluiten uit het toepassingsgebied van de wet[30]. De wettelijke regeling van euthanasieverzoeken door deze handelingsonbekwamen of door derden werd voorlopig buiten beschouwing gelaten, omdat de wetgever vond dat het hier (te) moeilijke, complexe en delicate situaties betrof waarover eerst verdere ethische bezinning nodig was en er wellicht ook een minder grote consensus zou bestaan bij de bevolking over euthanasie bij minderjarigen dan bij meerderjarigen[31]. Het was de bedoeling om stapsgewijs te handelen en eerst een meerderheid te vinden over euthanasie op handelingsbekwamen, en niet alles tegelijk te regelen met alle problemen van dien.

477. Handelingsonbekwaamheid duidt op de onmogelijkheid om zelf en zelfstandig zijn subjectieve rechten uit te oefenen. Handelingsonbekwamen mogen in beginsel niet rechtsgeldig hun wil uiten. De bedoeling van de wetgever was minderjarige en meerderjarige handelingsonbekwamen te beschermen.

---

29 Artikel 3, § 1 Euthanasiewet.

30 Toelichting bij het wetsvoorstel betreffende euthanasie, *Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-244/1, p. 3 (MAHOUX, e.a.).

31 Toelichting bij het wetsvoorstel betreffende de problemen rond het levenseinde en de toestand van ongeneeslijk zieke patiënten, *Parl. St.* Senaat 1999, 2-10/1, p. 3 (MAHOUX en VANLERBERGHE); Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 59 en 1124.

Minderjarigen kunnen dus niet om euthanasie verzoeken op basis van deze wet. Wel werd een uitzondering gemaakt voor ontvoogde minderjarigen, ofschoon het slechts een schijnuitzondering is, aangezien ontvoogde minderjarigen in beginsel, behalve in de wettelijk bepaalde uitzonderingen, handelingsbekwaam zijn. Het doel van de ontvoogding bestaat erin de minderjarige meester te maken over zijn persoon en tevens hem het beheer over zijn goederen te laten waarnemen[32]. Het gaat om minderjarigen die vijftien jaar oud zijn en die door de jeugdrechtbank kunnen worden ontvoogd op verzoek van de ouders of, bij onenigheid van één van hen, of op verzoek van de voogd[33]. Het huwelijk van de minderjarige heeft van rechtswege zijn ontvoogding tot gevolg. Sinds de meerderjarigheid van 21 op 18 jaar werd gebracht, wordt de ontvoogding nog maar zelden toegepast.

Op dit onderscheid tussen de ontvoogde minderjarigen en niet-ontvoogde minderjarigen werd kritiek uitgeoefend, omdat men niet inzag waarom binnen de groep van minderjarigen zou worden gediscrimineerd louter op basis van de ontvoogding[34].

Enerzijds werd voorgesteld om het begrip "ontvoogde minderjarige" te schrappen opdat de Euthanasiewet op geen enkele minderjarige zou van toepassing zijn[35].

Anderzijds werd aandacht gevraagd voor het feit dat in België elk jaar ongeveer 200 kinderen kanker krijgen en 1/3 daaraan overlijdt. De Euthanasiewet zou inderdaad rekening moeten houden met het soms ondraaglijke lijden van minderjarige patiënten en hun vermogen en rijpheid om, afhankelijk van hun leeftijd samen met de ouders, om euthanasie te verzoeken. In deze zienswijze werd ook de discriminatie tussen (het lijden van) meerderjarigen en minderjarigen aangeklaagd[36].

478. Naast de handelingsonbekwaamheid tengevolge van de lage leeftijd, kan de handelingsonbekwaamheid ook voortvloeien uit de geestesgestoordheid van de persoon. Zijn aldus ook van het toepassingsgebied van de Euthanasiewet uitgesloten, de personen die onder een specifiek beschermingsstatuut vallen waardoor zij als handelingsonbekwaam worden aangemerkt, zoals:

---

32 P. SENAEVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, Boekdeel 2, 6e uitg., 2003, nr. 1453.

33 Artikelen 477 en 478 B.W.

34 Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 123.

35 Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 676 en 743; Verslag-GIET, VAN DE CASTEELE, BARZIN en SCHAUVLIEGE, *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1488/009, p. 210.

36 Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 694 en 744 (euthanasie vanaf 16 jaar), Verslag-GIET, VAN DE CASTEELE, BARZIN en SCHAUVLIEGE, *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1488/009, p. 55 en 355.

– de meerderjarigen die gerechtelijk onbekwaam werden verklaard, omdat zij zich in een aanhoudende staat van onnozelheid of krankzinnigheid bevinden, zelfs wanneer in die staat heldere tussenpozen voorkomen[37]. De onbekwaamverklaarde wordt, wat zijn persoon en goederen betreft, gelijkgesteld met een minderjarige[38];
– de meerderjarigen en minderjarigen die onder het regime van de verlengde minderjarigheid worden geplaatst, omdat zij wegens een ernstige geestelijke achterlijkheid ongeschikt zijn en schijnen te zullen blijven om zichzelf te leiden en hun goederen te beheren. Onder geestelijke achterlijkheid moet worden verstaan een staat van geestelijke onvolwaardigheid, aangeboren of begonnen tijdens de vroege kinderjaren en gekenmerkt door een uitgebleven ontwikkeling van de gezamenlijke vermogens van verstand, gevoel en wil. De verlengde minderjarige wordt ten aanzien van van zijn persoon en zijn goederen gelijkgesteld met een minderjarige beneden de vijftien jaar[39].

479. In de bovenvermelde beschermingsstatuten wordt een algemene handelingsonbe-kwaamheid ingevoerd voor de betrokkenen. Aldus vallen zij zeker niet onder het toepassingsgebied van de Euthanasiewet.
Problematischer is nu de vraag of meerderjarigen die wat hun persoon betreft handelingsbekwaam zijn, maar voor (bepaalde) vermogensrechtelijke handelingen de bijstand nodig hebben van een derde of door een derde worden vertegenwoordigd, onder het toepassingsgebied van de Euthanasiewet vallen. Sluit een beperkte of bijzondere vermogensrechtelijke handelingsonbekwaamheid de mogelijkheid uit een euthanasieverzoek te formuleren[40]?
Meer concreet kan hierbij gedacht worden aan wie onder gerechtelijk raadsman wordt geplaatst en aan wie een voorlopig bewindvoerder wordt toegevoegd.
Een gerechtelijk raadsman kan worden aangesteld over iemand die wel zelf in het rechtsverkeer kan optreden, maar tengevolge van een geestesstoornis of verkwisting zijn goederen niet zelfstandig kan en mag beheren, en daarom voor bepaalde rechtshandelingen nood heeft aan bijstand van een derde, een gerechtelijk raadsman[41]. Daarnaast kan een voorlopige bewindvoerder worden toegevoegd aan de meerderjarige die, geheel of

[37] Artikel 489 B.W.
[38] Artikel 509 B.W.
[39] Artikel 487*bis* B.W.
[40] In bevestigende zin, maar zonder dit te argumenteren: P. MONFILS, in Hoorzittingen Senaat *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/24, p.279.
[41] Zie F. SWENNEN, *o.c.*, 196.

gedeeltelijk, zij het tijdelijk, wegens zijn gezondheidstoestand niet in staat is zijn goederen te beheren[42].
Personen die onder een gerechtelijk raadsman zijn geplaatst of aan wie een voorlopig bewindvoerder werd toegevoegd, zijn wat hun persoon betreft, in beginsel handelingsbekwaam[43]. Aangezien zij in beginsel handelingsbekwaam zijn en voor zover zij wilsbekwaam zijn om toe te stemmen in een medische handeling, kunnen zij mijns inziens wel rechtsgeldig een euthanasieverzoek formuleren.

480. Voor minderjarige en meerderjarige handelingsonbekwamen die niet onder het toepassingsgebied van de Euthanasiewet vallen, blijft de toestand zoals die bestond vóór de Euthanasiewet dus gelden. Dit betekent dat een arts die ten opzichte van hen een levensbeëindigende handeling stelt, zich eventueel zal kunnen beroepen op de noodtoestand[44].

481. De patiënt die om euthanasie verzoekt moet bewust zijn. Hij moet dus zijn wil kenbaar kunnen maken. Dit vereiste is het spiegelbeeld van de hypothese van art. 4 van de Euthanasiewet waarin de patiënt een euthanasieverklaring kan opstellen voor het geval hij in een onomkeerbare toestand van niet-bewustzijn terechtkomt (cf. *infra* § 3).

482. De handelingsbekwaamheid en het bewustzijn moeten aanwezig zijn op het ogenblik van het verzoek tot euthanasie. Het (schriftelijke) verzoek is een cruciaal moment in de procedure. Het is op dat ogenblik dat aan de grondvereisten voor euthanasie voldaan moet zijn[45].

B. Het euthanasieverzoek: schriftelijk, vrijwillig, overwogen en herhaald

483. Het euthanasieverzoek van de patiënt moet aan een aantal welomschreven voorwaarden voldoen: het moet schriftelijk zijn opgesteld (1), vrijwillig en vrij van enige druk (2), overwogen (3), en herhaald en duurzaam (4). Die voorwaarden worden nu besproken.

---

42 Artikel 488*bis* B.W.
43 F. SWENNEN, *o.c.*, 201 en 218.
44 Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 253, 284, 695, 885.
45 Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 876.

1. Een schriftelijk verzoek

484. Artikel 3, § 4 Euthanasiewet vereist dat het euthanasieverzoek schriftelijk wordt opgemaakt.
Sommige auteurs betwisten de bijkomende bescherming van een geschrift. Zij meenden dat het een aansporing kan zijn om de andere kenmerken van het verzoek minder ernstig na te gaan[46]. Hierop kan worden geantwoord dat die minder zorgvuldige controle van de andere vereisten slechts een hypothese is, en zeker niet vanzelfsprekend is. Bovendien mag het psychologische element niet worden onderschat: door een euthanasieverzoek schriftelijk op te stellen wordt het als het ware "geofficialiseerd" en bevestigt het de wil van de patiënt tot euthanasie te willen overgaan. Ten slotte kan moeilijk worden ontkend dat een schriftelijk verzoek in vergelijking met een mondeling verzoek een grotere bescherming biedt aan de arts.

485. Het euthanasieverzoek moet in de regel door de patiënt zelf worden opgesteld, gedateerd en ondertekend[47]. Hiermee wordt benadrukt dat het initiatief tot euthanasie van de patiënt moet uitgaan. In de praktijk zal het nochtans meer dan eens de arts zijn die het onderwerp euthanasie zal aankaarten, waarna de patiënt zijn euthanasieverzoek schriftelijk kan formuleren.

486. De wetgever heeft ook een oplossing bedacht voor de hypothese waarin de patiënt, niettegenstaande hij bij volle bewustzijn is en handelingsbekwaam, niet in staat is het euthanasieverzoek zelf op te stellen, te dateren en te ondertekenen.
In die hypothese kan het euthanasieverzoek schriftelijk worden opgesteld door een door de patiënt gekozen persoon die meerderjarig is en geen materieel belang heeft bij de dood van de patiënt[48].
De opschriftstelling van het euthanasieverzoek gebeurt in het bijzijn van de arts, wiens naam op het document wordt genoteerd. De aanwezigheid van de arts is een waarborg tegen mogelijke externe druk die op de patiënt zou worden uitgeoefend.
De Euthanasiewet vereist niet dat de opsteller van het document of de aanwezige arts het document dateren of ondertekenen. Dit lijkt een vergetelheid. Het is mijns inziens aangewezen dat de opsteller het euthanasieverzoek dateert en ondertekent om betwistingen te vermijden en om zeker-

---

46 H. Nys en S. Blancquaert, "Kanttekeningen bij de amendementen van de meerderheid op haar eigen euthanasie-voorstel", *R.W.* 2000-01, 636.
47 Artikel 3, § 4 Euthanasiewet.
48 Artikel 3, § 4 Euthanasiewet.

heid te hebben over de datum waarop het euthanasieverzoek werd geformuleerd, wat van belang kan zijn om te kunnen aantonen dat andere vereisten werden nageleefd, zoals het bewust zijn en de handelingsbekwaamheid van de patiënt, het herhaalde karakter van het verzoek, en de wachttermijn van één maand bij patiënten die kennelijk niet binnen afzienbare tijd zullen overlijden. Ook de handtekening van de arts is aangewezen, nu die daarmee zijn aanwezigheid bewijst tijdens de opschriftstelling van het verzoek.
De opsteller van het euthanasieverzoek maakt op het document melding van het feit dat de patiënt niet in staat is om zijn verzoek schriftelijk te formuleren en geeft de redenen waarom. Die redenen kunnen zeer divers zijn, zowel van fysieke als van geestelijke aard, zolang zij geen afbreuk doen aan de eisen dat de patiënt bewust en handelingsbekwaam moet zijn op het moment van het verzoek. Als redenen waarom de patiënt niet zelf het geschrift kan opstellen, kan worden gedacht aan een spierziekte[49], aan een verlamming of beschadiging van de hand, aan een onduidelijk geschrift dat het gevolg is van een bepaalde ziekte, aan het feit dat de patiënt analfabeet is[50], …
Het document wordt bij het medisch dossier gevoegd.

487. De patiënt kan te allen tijde zijn euthanasieverzoek herroepen, waarna het document uit het medisch dossier wordt gehaald en aan de patiënt wordt teruggegeven[51]. De herroeping is niet aan vormvereisten onderworpen.

2. Een vrijwillig verzoek vrij van enige externe druk

488. Het euthanasieverzoek van de patiënt moet vrijwillig zijn[52]. Dit betekent dat de patiënt uit vrije wil moet handelen.
Het beginsel van de individuele vrijheid dat aan de basis ligt van het hele verbintenissenrecht, en de regel die stelt dat de patiënt vrij beslist om al dan niet een medische handeling te ondergaan, geldt uiteraard ook voor de patiënt die om euthanasie verzoekt.

489. De eis dat het verzoek vrijwillig moet zijn, impliceert op de eerste plaats dat het verzoek door de patiënt zelf moet worden geformuleerd. Noch een verzoek van de familie of van derden, noch een veronderstelde

---

49 Toelichting bij amendement nr. 14, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/4, p.4.
50 Vgl. Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 786 (pro) maar p. 797 (contra).
51 Artikel 3, § 4 Euthanasiewet.
52 Artikel 3, § 1 Euthanasiewet.

toestemming van de patiënt mag aan de grondslag liggen van een euthanaserend handelen. Dat het verzoek van de patiënt moet uitgaan, betekent niet dat de arts niet zelf het initiatief mag nemen en bij de patiënt niet kan polsen of hij/zij gedachten koestert over levensbeëindiging. Voor de patiënt kan het een enorme verlichting en opluchting betekenen dat de arts het moeilijke onderwerp van de euthanasie wil aankaarten[53]. Het verzoek zelf moet echter van de patiënt komen.
Sommigen twijfelen eraan of een terminaal zieke patiënt nog wel een vrije wil heeft die zo'n verregaand verzoek kan schragen[54]. Dit is wellicht een onderschatting van de vermogens van zieke patiënten. Het is niet omdat een persoon ondraaglijk lijdt en al dan niet terminaal ziek is, dat hij niet tot een waardering van zijn toestand in staat is en geen bewuste beslissing zou kunnen nemen. Hoe dan ook, er kan niet van een abstract beeld van een terminaal zieke patiënt worden uitgegaan, en de arts moet geval per geval bekijken of de patiënt uit vrije wil zijn verzoek formuleert.

490. Op de tweede plaats impliceert de vrijwilligheid van het verzoek dat het tot stand is gekomen vrij van enige druk. In de wet werd dit als afzonderlijke voorwaarde ingeschreven, maar eigenlijk hangt dit samen met de eis van de vrijwilligheid van het verzoek.
Verschillende vormen van druk kunnen de beslissing van de patiënt beïnvloeden. Die druk kan van economische, financiële, sociale of psychologische aard zijn en kan worden uitgeoefend door medische hulpverleners, familie, en anderen[55]. Vooral de mogelijkheid van euthanasie om economische redenen (de zgn. economische euthanasie) baarde de wetgever zorgen: medische hulpverleners die de patiënt zouden aansporen om euthanasie te verzoeken omdat er een tekort is aan bedden en het ingenomen bed beter door een andere patiënt kan worden ingenomen. Daarnaast bestaat ook het gevaar dat de familie de verzorging als een financiële of een psychologische last ervaart en daardoor de patiënt tot een euthanasieverzoek aanzet. Dat deze druk aanwezig kan zijn en de beslissing van de patiënt kan beïnvloeden, kan bezwaarlijk worden ontkend.
De uiteindelijke beslissing van de patiënt zal meestal ingegeven zijn door verschillende factoren, zoals het lijden, het ontbreken van een behandelingsperspectief, angst, gevoelens van afhankelijkheid, eenzaamheid, verlies van zelfrespect, en wellicht ook beïnvloeding door derden.
Wellicht is het een utopie uit te gaan van een volledige vrijwilligheid van het verzoek. Het is onmogelijk om bij een patiënt die zelf lichamelijk, psychologisch en sociaal verzwakt is elke vorm van druk of beïnvloeding

---

53 B. VAN DEN EYNDEN, Hoorzittingen, in *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-244/24, p. 586.
54 Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 752.
55 Zie Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 299 en 749.

uit te sluiten[56]. Op de arts rust hier een belangrijke verantwoordelijkheid om de werkelijke wil van de patiënt vast te stellen en om mogelijke invloed van familie te ontdekken. Dit is geen sinecure, omdat de druk meestal niet expliciet, maar impliciet en onrechtstreeks en soms zelfs onbewust wordt uitgeoefend. Via gesprekken met de patiënt zal de arts de vrijwillige van de onder druk tot stand gekomen euthanasieverzoeken moeten trachten te scheiden Hij fungeert meer dan ooit als vertrouwenspersoon, als bondgenoot van de patiënt.
Maar ook artsen kunnen de patiënt onder druk zetten. Eventueel zou dan in bepaalde mate de controle kunnen worden uitgeoefend door andere hulpverleners (verpleegkundigen, …), en door de familie. Bijgevolg kunnen soms de verschillende betrokkenen op elkaar controle uitoefenen om in de mate van het mogelijke een redelijke zekerheid te verwerven over de vrijwilligheid van het verzoek.

3. Een overwogen verzoek

491. Het euthanasieverzoek van de patiënt moet niet alleen vrijwillig en vrij zijn van externe druk, maar het moet ook overwogen zijn. Dit vereiste impliceert minstens drie zaken: de wilsbekwaamheid van de patiënt, de werkelijkheid van het verzoek en de informatie voorafgaand aan het verzoek.

492. Allereerst vereist het overwogen karakter van het verzoek dat de patiënt zich een volwaardige wil kan vormen en dus wilsbekwaam of wilsgeschikt is[57].
Hierbij rijst meteen de vraag of psychiatrische patiënten, bepaalde geestesziekten die niet onder een wettelijk statuut vallen[58], of dementerende patiënten een geldig euthanasieverzoek kunnen formuleren. De psychische ziekte kan het wilsvormingsproces aantasten waardoor van een weloverwogen verzoek geen sprake is. Dit moet echter geval per geval worden uitgemaakt. Het *in abstracto* uitsluiten van bovenvermelde groepen omdat zij niet wilsgeschikt zouden zijn, is een onjuiste opvatting[59]. Telkens moet de arts nagaan of de patiënt tot een wils- en besluitvormingsproces in staat is en een overwogen verzoek kan formuleren.

---

56 Zie Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 754.

57 Zie voor een analyse van dit begrip F. SWENNEN, *o.c.*, nrs. 659 e.v.

58 Zie over de uitsluiting van handelingsonbekwame patiënten, *supra* nr. 46 e.v.

59 J. LEGEMAATE, "De juridische context van euthanasie en de inhoud van de zorgvuldigheidseisen", in *Levensbeëindigend handelen door een arts: tussen norm en praktijk*, Houten, Bohn Stafleu Van Loghum, 1998, 33; vgl. J. VELAERS, "Het leven, de dood en de grondrechten. Juridische beschouwingen over zelfdoding en euthanasie", in *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 522.

In navolging van verscheidene Nederlandse auteurs kan het begrip "wilsbekwaamheid" als een functioneel begrip worden beschouwd: men is niet óf wilsbekwaam óf wilsonbekwaam, maar men is meer of minder wilsbekwaam. Afhankelijk van de complexiteit van de situatie en de ingrijpendheid van de beslissing kan men al dan niet voldoende wilsbekwaam worden geacht[60].
De mate van wilsbekwaamheid kan dan worden beoordeeld aan de hand van verschillende criteria zoals het feitelijk begrijpen van zijn situatie en van de informatie met betrekking tot zijn keuze, en het op basis van een rationele gedachtegang tot een besluit komen[61].
De evaluatie van de wilsbekwaamheid of beslisvaardigheid van de patiënt kan ook afhangen van het moment van die evaluatie. Sommige patiënten hebben een in de tijd wisselend ziektebeeld (zoals manisch-depressieven, patiënten met recidiverende depressies of met psychosen, schizofrenen, …). In een relatief goede periode is het goed mogelijk dat op basis van de zojuist vermelde criteria de patiënt als voldoende wilsbekwaam worden geacht[62].
Besluitend kan worden gesteld dat psychiatrische patiënten, ondanks hun aandoening, wilsbekwaam of beslisvaardig kunnen zijn en dus, voor wat dit aspect betreft, rechtsgeldig een euthanasieverzoek kunnen formuleren. De arts zal dit geval per geval op basis van wilsbekwaamheidscriteria moeten beoordelen.

493. Daarnaast duidt de term overwogen verzoek op de werkelijkheid van het verzoek. De patiënt moet werkelijk na een afweging van alle elementen tot een beslissing zijn gekomen dat euthanasie voor hem gewenst is. De arts moet met andere woorden nagaan wat de werkelijke bedoeling is van de patiënt: hij moet als het ware de vraag van de patiënt *decoderen*. De vraag van de patiënt kan verschillende ladingen dekken: een vraag om aandacht, om aanwezigheid, om contact, om erkenning, om hulp, om verlichting of om een ander, beter leven, … of werkelijk om een einde te maken aan het leven[63].
De arts mag de vraag van de patiënt dus niet negeren maar ook niet misbegrijpen. Enkel door de evolutie van de toestand van de patiënt nauw op te volgen en met hem verschillende gesprekken te voeren, kan de arts achterhalen wat de werkelijke bedoeling is van de patiënt.

---

60 Commissie Aanvaardbaarheid Levensbeëindigend Handelen KNMG, *Medisch handelen rond het levenseinde bij wilsonbekwame patiënten,*Bohn, Stafleu, Van Loghum, 1997, 152.

61 J. GRIFFITHS, "Balans van de recente rechtsontwikkelingen rondom euthanasie en andere levensbekortende handelingen", *R.M.Themis* 1995, 97.

62 Commissie Aanvaardbaarheid Levensbeëindigend Handelen KNMG, *o.c.*, 156-159; J. GRIFFITHS, *l.c.*, 97.

63 Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p.268, 375 en 428.

4. Een herhaald en duurzaam verzoek

494. Het euthanasieverzoek van de patiënt moet herhaald[64] en duurzaam[65] zijn. Ook dit vereiste heeft als doel de werkelijke euthanasieverzoeken te scheiden van andere vragen om hulp. Is het euthanasieverzoek niet duurzaam, dan mag de arts niet tot euthanasie overgaan.
De patiënt moet zijn verzoek meermaals uiten. Maar omdat deze verzoeken ingegeven kunnen zijn door een voorbijgaande crisissituatie (van extreem lijden) waarin de patiënt zich dan net bevindt, moet het verzoek ook duurzaam zijn en blijven bestaan tussen de herhalingen door. Daartoe voert de arts met de patiënt verscheidene gesprekken die, rekening houdend met de gezondheidstoestand van de patiënt, over een redelijke periode worden gespreid.

C. De gezondheidstoestand van de patiënt

495. De derde en cruciale voorwaarde opdat euthanasie geoorloofd zou zijn, heeft betrekking op de gezondheidstoestand van de patiënt. De Euthanasiewet schrijft voor dat er geen misdrijf is wanneer de arts zich ervan verzekerd heeft dat "*de patiënt zich in een medisch uitzichtloze toestand bevindt van aanhoudend en ondraaglijk fysiek of psychisch lijden dat niet gelenigd kan worden, en dat het gevolg is van een ernstige en ongeneeslijke, door ongeval of ziekte veroorzaakte aandoening*".
Deze derde voorwaarde wordt hier in drie aspecten ontvouwd: een aanhoudend en ondraaglijk fysiek of psychisch lijden (1), dat het gevolg is van een ernstige en ongeneeslijke, door ongeval of ziekte veroorzaakte aandoening (2), en een medisch uitzichtloze toestand (3).

1. Subjectieve voorwaarde: een aanhoudend en ondraaglijk fysiek of psychisch lijden

496. Eén van de redenen voor de invoering van een Euthanasiewet was de patiënt uit zijn lijden te verlossen en hem een menswaardig sterven te bezorgen.
Niet om het even welk lijden kan een euthanasieverzoek schragen. De wetgever heeft beperkingen aangebracht opdat enkel ernstig lijden tot euthanasie aanleiding zou kunnen geven. Het lijden moet aanhoudend en ondraaglijk zijn (a) evenals fysiek of psychisch (b).

---

64 Art.3, § 1, 2° streepje Euthanasiewet.
65 Art. 3, § 2, 2° Euthanasiewet.

a. Aanhoudend en ondraaglijk lijden

497. Zonder twijfel stuiten we hier op een subjectieve voorwaarde in het euthanasieverzoek.
Het lijden van de patiënt moet aanhoudend zijn of duurzaam zoals zijn verzoek. Het mag niet gaan over een tijdelijk en voorbijgaand lijden. Daarnaast moet het lijden ondraaglijk zijn. Maar wie oordeelt daarover? De patiënt moet aanhoudend en ondraaglijk lijden, of althans dit subjectief als zodanig ervaren[66]. De patiënt is de persoon die het best zijn lijden kan inschatten. Hoe zou een arts of een derde zich kunnen uitspreken over een zo'n subjectief gegeven als lijden dat voor ieder persoon anders is[67]? Het vermogen om het lijden te dragen is uiteraard patiëntgebonden. Aldus is het enkel de patiënt die oordeelt over zijn ondraaglijk lijden.

b. Fysiek of psychisch lijden

498. Lijden omvat eventueel, maar niet noodzakelijk, pijn. Lijden kan net zo goed (al dan niet mede) voortvloeien uit andere omstandigheden, zoals ontluistering en verlies aan waardigheid, aantasting van de levenskwaliteit, angst, afhankelijkheid, levensmoeheid, …
Elke patiënt kan zijn reden(en) hebben om een euthanasieverzoek te formuleren en hij kan daar meer dan één reden voor hebben. Uit Nederlands onderzoek van Van der Maas[68] blijken patiënten volgende redenen voor euthanasie op te geven: verlies aan waardigheid (57%), pijn (46%), pijn als enige reden (10%), zinloze doodstrijd (46%), afhankelijkheid van anderen (33%), levensmoeheid (23%).
Belangwekkend is dat slechts in 10% van de euthanasieverzoeken pijn als enige reden werd opgegeven. Enerzijds is pijn dus niet steeds te behandelen met medicatie. Anderzijds is fysieke pijn in vele gevallen via medische technieken blijkbaar goed beheersbaar, waardoor de patiënt enkel op psychisch vlak lijdt. Dit maakt dat fysieke pijn niet de voornaamste reden is waarom mensen vragen dat hun leven door de arts zou worden beëindigd[69].
Het psychische lijden kan even groot en zeker zo uitzichtloos zijn als het fysieke lijden. Vaak zijn fysiek en psychisch lijden trouwens onlosmakelijk met elkaar verbonden. Door de gezondheidsproblemen wordt de autonomie en de controle over het eigen lichaam aangetast, verliest de patiënt

---

66 Cf. Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, "Advies nr. 1 betreffende de wenselijkheid van een wettelijke regeling van euthanasie", *T.Gez./Rev.Dr.Santé* 1997-98, 24 (voorstel 2).

67 Zie Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 227.

68 P. VAN DER MAAS, e.a., "Euthanasia and other medical decisions concerning the end of life", *The Lancet* 338, 1991, 672.

69 Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 15.

zijn sociale, professionele en familiale identiteit, vallen dierbare relaties weg en wordt het leven voor de patiënt zinloos. De patiënt ervaart negatieve emoties, als woede, droefheid, afwijzing, isolement, overbodigheid, schuld, onrechtvaardigheid, onmacht, vrees voor toekomstig lijden, depressie, …[70]
Zo kunnen patiënten met een ongeneeslijke ziekte ondraaglijk psychisch lijden, omdat hun levenskwaliteit wordt aangetast. Hierbij kan gedacht worden aan volledig verlamde patiënten, ALS-patiënten en MS-patiënten die ondraaglijk psychisch lijden.

2. Een ernstige en ongeneeslijke, door ziekte of ongeval veroorzaakte aandoening

a. Begripsomschrijving

499. Weliswaar volstaat niet elk fysiek of psychisch lijden van de patiënt om een euthanasieverzoek te ondersteunen. Het lijden moet het gevolg zijn van een ernstige en ongeneeslijke door ongeval of ziekte veroorzaakte aandoening.
In tegenstelling tot de voorwaarde van het ondraaglijke en psychische lijden gaat het hier om een objectieve voorwaarde[71]. De arts zal moeten vaststellen dat de ziekte ernstig is en ongeneeslijk en dat er een verband bestaat tussen de aandoening en het fysieke of psychische lijden.
Het begrip "ongeneeslijk" wijst logischerwijze op ziekten waartegen de medische wetenschap machteloos staat en waarbij redelijkerwijze de ziekte niet kan worden genezen. De ongeneeslijke aard van de aandoening zal door de arts moeten worden beoordeeld aan de hand van de huidige gegevens van de medische wetenschap.
Voorbeelden van ongeneeslijke ziekten zijn onder meer bepaalde kankers, hepatitis, AIDS, chronische nierinsufficiëntie, hartdecompensatie, suikerziekte, reuma, artrose, enzovoort[72] Op zichzelf openen die echter niet de mogelijkheid om tot euthanasie over te gaan. Een ongeneeslijke ziekte moet aanleiding geven tot een ondraaglijk lijden dat niet gelenigd kan worden.
Noch de "ernst" noch de "ongeneeslijke aard" van de aandoening impliceren dat de patiënt aan die aandoening zal sterven of dat de aandoening een terminaal karakter heeft.

---

70 M. DESMEDT, uiteenzetting tijdens de hoorzittingen, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1488/009, p. 136-137.
71 Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 671.
72 Zie W. DISTELMANS, in Hoorzittingen Senaat *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/24, p. 644.

b. Terminale en niet-terminale aandoeningen

500. De vraag of euthanasie al dan niet voorbehouden moest worden voor patiënten in een terminaal stadium, is een van de cruciale twistpunten geweest tijdens de bespreking van het wetsvoorstel euthanasie.
Er zijn twee belangrijke argumenten die euthanasie voor niet-terminale patiënten rechtvaardigen.
Een onderscheid maken tussen terminale en niet-terminale patiënten, zou impliceren dat een niet gerechtvaardigd onderscheid zou worden gemaakt tussen het lijden van deze verschillende mensen. Ofschoon een persoon niet binnen afzienbare tijd zal overlijden, kan zijn lijden of ontreddering even reëel of zelfs groter zijn dan het lijden van een persoon in een terminaal stadium[73].
Het tweede argument om euthanasieverzoeken van zowel terminale als niet-terminale patiënten in aanmerking te nemen, bestaat erin dat het begrip terminale fase zo goed als ondefinieerbaar is. De terminale fase kan trouwens verschillen van patiënt tot patiënt en is dus een subjectief begrip. Uit de hoorzittingen in de Senaat bleek bijgevolg dat dit begrip onmogelijk nauwkeurig kan worden afgebakend. De invoering in de Euthanasiewet van het begrip "terminale fase" zou dus rechtsonzekerheid veroorzaken[74]. Wel heeft de wetgever twee bijkomende procedurevoorwaarden voorgeschreven wanneer het euthanasieverzoek afkomstig is van een patiënt die kennelijk niet binnen afzienbare tijd zal overlijden.

3. Een medisch uitzichtloze toestand / een niet te lenigen lijden

501. Naast het "ondraaglijk fysiek of psychisch lijden", en het feit dat dit lijden het gevolg moet zijn van een ernstige en ongeneeslijke door ongeval of ziekte veroorzaakte aandoening, moet de patiënt die om euthanasie verzoekt zich ook in een medisch uitzichtloze toestand bevinden. Daarnaast vereist de Euthanasiewet dat het lijden van de patiënt niet kan worden gelenigd. Beide voorwaarden worden hier samen besproken, omdat ervan wordt uitgegaan dat zij samenvallen. Zoals *infra* grondiger wordt uiteengezet betekent "uitzichtloosheid" dat er geen curatieve behandeling meer voorhanden is, wat neerkomt op de vaststelling dat het lijden niet kan worden gelenigd.

502. Het bestaan van een medisch uitzichtloze toestand vormt een objectieve voorwaarde. Waar het lijden van de patiënt essentieel subjectief

---

73 Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 107.
74 Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 35.

is, is de medische uitzichtloosheid een door de arts te beoordelen feit gebaseerd op de huidige gegevens van de medische wetenschap[75].
Het bestaan van een behandelingsperspectief moet echter niet in absolute zin, maar in alle redelijkheid worden bekeken. Hier zou het proportionaliteitscriterium kunnen worden toegepast. Telkens moet worden onderzocht of er een redelijke verhouding bestaat tussen de te verwachten resultaten en de nadelen van de behandeling. Bij de beoordeling van de resultaten kan worden nagegaan of de gezondheidstoestand werkelijk kan worden verbeterd, wat de kansen zijn op verbetering, dan wel of enkel de symptomen, kunnen worden verlicht. Betreft het een duurzame verbetering of enkel een uitstel van de onomkeerbare dood[76]? Langs de kant van de nadelen moet worden gekeken naar de belasting van de behandeling, de bijwerkingen, …

503. Typische voorbeelden van medisch uitzichtloze situaties zijn de uitgezaaide en uitbehandelde kankers.
Zoals gezegd, kan de medische uitzichtloosheid ook bestaan wanneer de dood niet nakend is, maar de geneeskunde het ondraaglijk (voornamelijk psychisch) lijden niet kan lenigen. Hier volgen enkele voorbeelden ter illustratie: een patiënt wiens ruggengraat is gebroken en die volledig is verlamd; een persoon die het slachtoffer is van een zeer hoge breuk in de wervelkolom en die alleen nog kan communiceren dankzij een halsspier en zich in morse uitdrukt[77]; een patiënt die lijdt aan een ongeneeslijke ziekte als multiple sclerose[78], ALS of amyotrofe laterale sclerose, AIDS, een persoon die blind is tengevolge van een ziekte of een ongeval, enzovoort

504. In dit verband is de vraag gerezen of palliatieve zorgverlening een mogelijk alternatief uitmaakt die de medische uitzichtloosheid uitsluit. Sommigen beantwoorden dit bevestigend[79].
Palliatieve verzorging en euthanasie vullen elkaar veeleer aan dan dat het ene een alternatief vormt voor het andere. Nochtans kan bij palliatieve verzorging nog bezwaarlijk van een behandeling worden gesproken. Het gaat enkel nog om het verlichten van de pijn, maar de dood is onafwend-

---

75 Contra: M. ADAMS en G. GEUDENS, "De regulering van euthanasie in België. Principiële beschouwingen naar aanleiding van een aantal recente wetsvoorstellen", *R.W.* 1999-2000, 816 die stellen dat de patiënt hierover oordeelt; zo ook de oppositie in de Senaat: Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 670-671.

76 Vgl. J. LEGEMAATE, *l.c.*, in *Levensbeëindigend handelen*, 35.

77 Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 35.

78 Verslag-GIET, VAN DE CASTEELE, BARZIN en SCHAUVLIEGE, *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1488/009, p. 83.

79 Dit was althans het CD&V standpunt in de Senaat: Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 168.

baar. Op basis van zijn zelfbeschikkingsrecht kan de patiënt palliatieve verzorging weigeren. Personen die om euthanasie verzoeken worden dus niet verplicht eerst palliatieve verzorging te ondergaan. Deze weigering heeft geen invloed op de medische uitzichtloosheid van zijn situatie. De wetgever wou niet alleen de therapeutische hardnekkigheid bestrijden, maar eveneens de palliatieve hardnekkigheid voorkomen. Euthanasie is dus niet afhankelijk van de onmogelijkheid palliatieve verzorging te verstrekken[80].

§ 2. PROCEDUREVOORWAARDEN

505. Naast de bovenvermelde inhoudelijke voorwaarden, dient de arts die tot euthanasie wil overgaan vooraf en in alle gevallen ook een aantal procedurele voorwaarden na te leven. Het betreft vooral verplichtingen inzake informatie en consultatie.

De behandelende arts zal op de eerste plaats met de patiënt meerdere gesprekken moeten voeren die over een redelijke periode worden gespreid en waarbij de patiënt wordt ingelicht over onder meer zijn gezondheidstoestand en levensverwachting, de euthanasie zelf en de mogelijke alternatieven, evenals over palliatieve verzorging.

De behandelende arts moet het (niet-bindende) advies inwinnen van een andere arts. Dit vereiste werd ingebouwd als veiligheid tegen misbruiken en als middel om de situatie te objectiveren. Deze arts-consulent moet onafhankelijk zijn ten opzichte van zowel de patiënt als de behandelende arts en bevoegd zijn om over de aandoening in kwestie te oordelen. Deze arts-consulent heeft volgende opdracht: inzage nemen van het medische dossier; de patiënt onderzoeken; zich vergewissen van de ernstige en ongeneeslijke aard van de aandoening; zich vergewissen van het aanhoudende en ondraaglijke fysiek of psychisch lijden dat niet gelenigd kan worden; een verslag van zijn bevindingen opstellen.

De Euthanasiewet verplicht de arts tevens het euthanasieverzoek te bespreken met het verplegend team. Die verplichting is onderworpen aan twee voorwaarden. Er moet een verplegend team bestaan en dat verplegende team moet in regelmatig contact staan met de patiënt.

Enkel indien de patiënt dit wenst moet de arts het euthanasieverzoek met de door de patiënt aangeduide naasten bespreken. Vanzelfsprekend moet de arts deze wens respecteren. Een arts die tegen de wil in van de patiënt de familie inlicht, zou zijn beroepsgeheim schenden.

---

[80] Zie Verslag-GIET, VAN DE CASTEELE, BARZIN en SCHAUVLIEGE, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1488/009, p. 87 en 227.

De behandelende arts moet er zich ook van verzekeren dat de patiënt de gelegenheid heeft gehad om over zijn verzoek te spreken met de personen die hij wenste te ontmoeten.

506. De wetgever heeft ervoor gekozen om voor niet-terminale patiënten bijkomende procedurevoorwaarden in te voeren, wellicht uit voorzorg dat de beslissing zeker weloverwogen zou zijn.
Artikel 3, § 3 Euthanasiewet bepaalt inderdaad dat "*indien de arts van oordeel is dat de patiënt kennelijk niet binnen afzienbare tijd zal overlijden*", hij twee bijkomende voorwaarden moet naleven.
Wanneer een patiënt om euthanasie verzoekt en zijn behandelende arts is van oordeel dat de patiënt kennelijk niet binnen afzienbare tijd zal overlijden, moet de arts, naast de raadpleging van een eerste arts, een tweede arts raadplegen.
In tegenstelling tot de eerste arts-consulent, is de keuze van het specialisme van de tweede arts-consulent niet vrij. De tweede arts-consulent is ofwel psychiater ofwel specialist in de aandoening waaraan de patiënt lijdt.
De taken van de tweede arts-consulent bestaan erin: inzage te nemen van het medisch dossier; de patiënt te onderzoeken; zich vergewissen van het aanhoudende en ondraaglijke fysiek of psychisch lijden dat niet kan worden gelenigd; zich vergewissen van het vrijwillig, overwogen en herhaald karakter van het verzoek.
Op basis van zijn bevindingen stelt de tweede arts-consulent een verslag op dat hij overmaakt aan de behandelende arts. Dit advies is niet bindend.
Daarnaast bepaalt een tweede bijkomende voorwaarde dat de arts die oordeelt dat de persoon die om euthanasie verzoekt kennelijk niet binnen afzienbare tijd zal overlijden, een overwegingstermijn van minstens één maand moet laten verlopen tussen het schriftelijke verzoek van de patiënt en de toepassing van de euthanasie[81].

507. Zoals nog wordt uiteengezet in Hoofdstuk V, is de arts volledig vrij al dan niet in te gaan op een euthanasieverzoek. Hij kan wegens gewetensbezwaren of om medische redenen weigeren euthanasie toe te passen.
De wetgever heeft echter ook in een tussenpositie voorzien, waarbij de arts bijkomende voorwaarden verbindt aan een euthanaserend handelen[82]. De arts oordeelt volledig vrij of en welke (geoorloofde) voorwaarden hij aan zijn levensbeëindigende optreden verbindt. Wellicht is deze bepaling ingegeven door de wens de Euthanasiewet soepel te doen toepassen en aldus euthanasie door zoveel mogelijk artsen te doen aanvaarden.

---

81 Artikel 3, § 3, 2° Euthanasiewet.
82 Artikel 3, § 2 Euthanasiewet.

Zo kan een arts alvorens euthanasie te willen toepassen bijkomende informatie wensen of het voorafgaande advies wensen van de familie, van verschillende collega's, een uitgebreid team, het palliatief team of zelfs van het ethisch comité[83].

§ 3. EUTHANASIE BIJ ONOMKEERBAAR ONBEWUSTE PERSONEN: DE WILS- OF EUTHANASIEVERKLARING

508. De wetgever wenste de levensbeëindigende handelingen bij wilsonbekwame personen buiten beschouwing te laten, omdat deze materie te complex was, onvoldoende rijp voor wettelijke regeling. Nochtans vond de wetgever dat er een behoefte bestond één specifieke situatie te regelen, namelijk wanneer de patiënt een voorafgaande wilsverklaring had opgesteld met richtlijnen voor het geval hij zijn bewustzijn zou verliezen. Artsen die geconfronteerd worden met terminale, bewusteloze patiënten die pijn lijden, weten vaak niet hoe te handelen omdat zij de wensen van de patiënt niet kennen. Daarom zou een schriftelijke wilsverklaring van de patiënt voor de arts een belangrijk element voor in zijn besluitvorming kunnen uitmaken[84].
Net zoals voor euthanasie bij wilsbekwamen, moeten materiële en procedurevoorwaarden zijn vervuld, die trouwens gedeeltelijk overeenstemmen. Zij worden nu besproken.

A. Materiële voorwaarden

509. Opdat euthanasie bij een wilsonbekwame patiënt geoorloofd zou zijn, moet aan volgende voorwaarden zijn voldaan: de patiënt moet handelingsbekwaam en meerderjarig zijn of de minderjarige moet ontvoogd zijn (1), een schriftelijke euthanasieverklaring van minder dan 5 jaar oud opgesteld in het bijzijn van twee meerderjarige getuigen (2), de patiënt moet lijden aan een ernstige en ongeneeslijke, door ongeval of ziekte veroorzaakte aandoening en zijn toestand van niet-bewustzijn is onomkeerbaar (3).

---

83 Vgl. Wetsvoorstel betreffende de euthanasie, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/4, p. 5 (toelichting bij amendement nr. 14); Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p.803.

84 Cf. Wetsvoorstel betreffende de problemen rond het levenseinde en de toestand van ongeneeslijk zieke patiënten, *Parl. St.* Senaat 1999, 2-10/1, p. 3 (MAHOUX en VANLERBERGHE).

1. Een handelingsbekwame meerderjarige of ontvoogde minderjarige patiënt

510. Net zoals voor de euthanasie op wilsbekwame patiënten, moet de opsteller van de euthanasieverklaring een handelingsbekwame meerderjarige of ontvoogde minderjarige persoon zijn. Voor de betekenis van deze begrippen wordt naar het hierboven gegeven commentaar verwezen.

2. De euthanasieverklaring: schriftelijk, getuigen en maximum 5 jaar oud

511. In beginsel moet de betrokkene zelf de euthanasieverklaring opstellen. Dit moet gebeuren ten overstaan van twee meerderjarige getuigen. De wilsverklaring moet gedateerd en ondertekend worden door degene die het verzoek schriftelijk opstelt, door de getuigen en, in voorkomend geval, door de vertrouwenspersoon of vertrouwenspersonen.
Bij Koninklijk Besluit van 2 april 2003 werd vastgesteld hoe deze euthanasieverklaring wordt opgesteld, herbevestigd, herzien of ingetrokken[85].
De patiënt kan ook zelf een euthanasieverklaring opstellen zonder gebruik te maken van de officieel bij Koninklijk Besluit vastgestelde vorm en zonder de verklaring te laten registreren. Wel loopt hij dan het risico dat inhoudelijk de euthanasieverklaring niet helemaal klopt of niet duidelijk is, of dat de arts het bestaan van de euthanasieverklaring niet (tijdig) verneemt. Indien er verschillende verklaringen werden opgesteld, heeft de meest recente en gekende verklaring de voorrang, zelfs indien die niet volgens de voorgeschreven procedure werd opgesteld of geregistreerd[86].
De euthanasieverklaring kan op elk moment worden aangepast of ingetrokken.

512. Het is ook mogelijk dat een persoon fysiek blijvend niet in staat is een euthanasieverklaring op te stellen. In die hypothese kan hij een meerderjarige persoon, die geen enkel materieel belang heeft bij het overlijden van de betrokkene, aanwijzen die dit verzoek schriftelijk kan opstellen.
Het opstellen van deze euthanasieverklaring door een derde moet gebeuren ten overstaan van twee meerderjarige getuigen van wie er minstens een geen materieel belang heeft bij het overlijden van de patiënt.
De euthanasieverklaring vermeldt dat de betrokkene niet in staat is te tekenen en waarom. Tevens wordt bij de euthanasieverklaring een medisch

---

85 B.S. 13 mei 2003.

86 Verslag-GIET, VAN DE CASTEELE, BARZIN en SCHAUVLIEGE, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1488/009, 257.

getuigschrift gevoegd als bewijs dat de betrokkene fysiek blijvend niet in staat is de wilsverklaring op te stellen en te tekenen.

513. Met de euthanasieverklaring kan alleen rekening worden gehouden indien zij werd opgesteld of bevestigd minder dan vijf jaar vóór het moment waarop de betrokkene zijn wil niet meer kan uiten[87].

514. De Euthanasiewet biedt de mogelijkheid één of verscheidene vertrouwenspersonen aan te wijzen. Wanneer er verscheidene vertrouwenspersonen worden aangewezen, moet dit in volgorde van voorkeur gebeuren. Elke vertrouwenspersoon vervangt zijn of haar in de euthanasieverklaring vermelde voorganger in geval van weigering, verhindering, onbekwaamheid, of overlijden[88].
De taak van de vertrouwenspersoon bestaat uit volgende punten: de wilsverklaring dagtekenen en ondertekenen; de behandelende arts op de hoogte brengen van de wil van de patiënt; het verzoek van de patiënt met de behandelende arts bespreken; ingelicht worden over het advies van de arts-consulent; de naasten van de patiënt aanwijzen met wie de behandelende arts de inhoud van de wilsverklaring moet bespreken.

3. De gezondheidstoestand van de patiënt

a. Een ernstige en ongeneeslijke door ongeval of ziekte veroorzaakte aandoening

515. Net zoals voor euthanasie bij wilsbekwame patiënten, wordt vereist dat de patiënt lijdt aan een ernstige en ongeneeslijke door ongeval of ziekte veroorzaakte aandoening. Voor een commentaar op deze begrippen wordt naar hierboven verwezen.
Wel werd opgemerkt dat euthanasie na een euthanasieverklaring verschilt van de euthanasie bij wilsbekwamen omdat de arts niet het ondraaglijk fysiek of psychisch lijden moet beoordelen alvorens tot euthanasie over te gaan[89].

b. Een onomkeerbare toestand van niet-bewustzijn

516. De arts kan, op grond van een wilsverklaring, slechts tot euthanasie overgaan wanneer de patiënt niet meer bij bewustzijn is en deze toestand

---

87 Artikel 4, § 1, lid 6, Euthanasiewet.
88 Artikel 4, § 1, lid 2, Euthanasiewet.
89 Cf. Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 156.

volgens de stand van de wetenschap onomkeerbaar is[90]. Het betreft patiënten die hun wil niet meer kenbaar kunnen maken en die niet meer bij bewustzijn kunnen worden gebracht[91].
Het begrip "niet bij bewustzijn" heeft tot heftige parlementaire discussies aanleiding gegeven. Een van de indieners van het wetsvoorstel euthanasie, J. LEDUC, verklaarde dat het een medische term betreft die door de arts moet worden geïnterpreteerd. Volgens haar doelt het begrip *onder meer en meestal* op comateuze patiënten[92].
De term "niet meer bij bewustzijn" heeft betrekking op patiënten die geen vermogen tot besef meer hebben en is als dusdanig ruimer dan het begrip comateus. Ook werd verklaard dat het begrip "niet meer bij bewustzijn" niet kon worden gelijkgesteld met een permanent vegetatief bestaan[93].
In verklaringen aan de pers van indieners van het wetsvoorstel betreffende euthanasie dat is uitgegroeid tot de Euthanasiewet, blijkt dat het beoogde toepassingsgebied ruimer is, en dat ook demente personen worden bedoeld evenals personen die niet meer in staat zijn hun wil te uiten, zoals bijvoorbeeld mensen met een hersentumor die hun spraakvermogen hebben verloren[94].
Anderzijds werden ook veelvuldig hiermee strijdige verklaringen afgelegd in het Parlement waarbij vooral verwezen werd naar comateuze patiënten en dementen uitdrukkelijk van het toepassingsgebied van de Euthanasiewet werden uitgesloten[95].

517. Het valt te betreuren dat de wetgever tijdens de parlementaire discussies geen duidelijker standpunt heeft ingenomen. Op basis van de wettekst kan euthanasie op basis van een wilsverklaring enkel voor mensen die zich in een onomkeerbare toestand van niet-bewustzijn bevinden. Daaronder vallen zeker de comateuze patiënten en zij die zich in een persisterend vegetatieve staat bevinden. Kenmerkend voor comateuze patiënten is dat zij lijden aan een zware vorm van bewustzijnverlies waarbij zij niet in staat zijn de ogen te openen, te spreken of opdrachten uit te voeren, en daarnaast vaak ook andere stoornissen (van de hersenstamfuncties) vertonen zoals ademhalingsstoornissen en een abnormale lichaamstemperatuur. Indien enkele dagen of weken na het ontstaan van de coma de patiënt de ogen weer opent en een waak- en slaapritme lijkt te ontwikkelen, zonder iets bewust waar te nemen en deze toestand voortduurt, wordt

---

90 Artikel 4, § 1, lid 1, derde streepje, Euthanasiewet.
91 *Ibid.*, 79.
92 Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 987.
93 Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 1018.
94 *Ibid.*, 943.
95 *Ibid.*, 953 en 987; Verslag-GIET, VAN DE CASTEELE, BARZIN en SCHAUVLIEGE, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1488/009, p. 20, 243 en 371-372.

gesproken van een aanhoudende of persisterende vegetatieve toestand[96]. Of de comateuze of in een aanhoudende vegetatieve toestand verkerende patiënt zich in een irreversibele toestand bevindt dan wel nog bij bewustzijn komt, moet geval per geval worden beoordeeld en is afhankelijk van verschillende factoren, zoals de toestand van de patiënt, diens leeftijd en de (al dan niet traumatische) oorzaak van de coma.
Andere wilsonbekwamen hebben vaak nog een of andere vorm van bewustzijn. Dementen bijvoorbeeld zijn personen bij wie de oriëntatie in tijd en plaats, het geheugen, het oordeelsvermogen, het taalvermogen, … in toenemende mate verloren gaan. In een geleidelijk proces worden dementen dus steeds minder wilsbekwaam. Echter, zij bevinden zich daarom niet in een toestand van onomkeerbare bewusteloosheid en kunnen dus in beginsel geen aanspraak maken op euthanasie op basis van een euthanasieverklaring. Slechts wanneer zij zouden evolueren tot een onomkeerbare toestand van niet-bewustzijn (bijvoorbeeld Alzheimer-patiënten die in coma geraken) kan tot euthanasie worden overgegaan op basis van een euthanasieverklaring. Wie aan het begin van een dementie staat (bijvoorbeeld de ziekte van Alzheimer) en nog bewust is, zou wel een schriftelijk euthanasieverzoek kunnen formuleren, indien aan alle andere voorwaarden voldaan is.

B. Procedurevoorwaarden

518. Net zoals bij het schriftelijke euthanasieverzoek, moet de behandelende arts een arts-consulent raadplegen en hem op de hoogte brengen van de reden voor deze raadpleging.
De redenen voor dit advies zijn ook hier de voorkoming van misbruiken, de objectivering van de situatie en de verdeling van de psychologische last. De arts-consulent neemt inzage van het medisch dossier en onderzoekt de patiënt. Hij dient zich enkel uit te spreken over de onomkeerbaarheid van de medische toestand van de patiënt, maar moet niet oordelen over de andere grondvoorwaarden zoals bijvoorbeeld de wilsverklaring.
Net zoals bij het schriftelijke euthanasieverzoek, is het advies niet bindend en is het de behandelende arts die de eindbeslissing neemt al dan niet tot euthanasie over te gaan.
Indien er een verplegend team is dat in regelmatig contact staat met de patiënt, moet de arts de inhoud van de wilsverklaring bespreken met het team of leden van dat team.

---

[96] Zie de verhelderende beschrijving bij R. DILLMANN, "Patiënten in een vegetatieve toestand", in *Medisch handelen rond het levenseinde bij wilsonbekwame patiënten*, Houten, Bohn Stafleu Van Loghum, 1997, 79-80.

519. De vertrouwenspersoon heeft verscheidene opdrachten. Hij moet allereerst de arts inlichten over het bestaan van de wilsverklaring indien de arts daarvan geen kennis heeft, of van de wil van de patiënt. Daarnaast treedt hij op in de plaats van de patiënt en moet hij de arts inlichten over de wensen en gedachten van de patiënt. Ook kan hij nagaan of de wensen van de patiënt worden nageleefd. Ten slotte kan de vertrouwenspersoon ook de naasten aanwijzen met wie de arts het euthanasieverzoek moet bespreken (cf. *infra* volgend randnummer).
Slechts wanneer de euthanasieverklaring een vertrouwenspersoon aanwijst, moet de inhoud van de euthanasieverklaring worden besproken met de naasten van de patiënt die door de vertrouwenspersoon worden aangewezen[97].

520. Net zoals voor de euthanasieregeling bij bewuste patiënten, kan de arts bij de euthanasie op grond van een euthanasieverklaring bijkomende voorwaarden aan zijn optreden verbinden.

§ 4. DE AANGIFTE VAN EUTHANASIE AAN DE FEDERALE CONTROLE- EN EVALUATIECOMMISSIE

A. De aangifte van het registratiedocument

521. De arts die euthanasie heeft toegepast, bezorgt binnen vier werkdagen een volledig ingevuld registratiedocument aan de Federale Controle- en Evaluatiecommissie.
Het registratiedocument bestaat uit twee delen, een nominatief en een anoniem deel.
Het eerste nominatieve deel van het document wordt door de arts verzegeld en bevat voornamelijk identificatiegegevens van personen die bij de euthanasie betrokken waren. Het tweede anonieme deel van het registratiedocument bevat anonieme gegevens over de materiële en procedurele voorwaarden van de Euthanasiewet. Het registratiedocument kan worden verkregen via de website: www.health.fgov.be/AGP.

B. De federale controle- en evaluatiecommissie ("de commissie"): samenstelling en taken

1. Samenstelling en werking

522. De Commissie bestaat uit zestien leden. Acht leden zijn arts, van wie er minstens vier hoogleraar zijn aan een Belgische universiteit. Vier leden

[97] Artikel 4, § 2, 4° Euthanasiewet.

zijn hoogleraar in de rechten aan een Belgische universiteit of advocaat. Vier leden komen uit kringen die belast zijn met de problematiek van ongeneeslijk zieke patiënten[98].
Artsen zijn in de meerderheid omdat euthanasie in eerste instantie een medische materie is en de wetgever het nodige vertrouwen wou wekken bij de andere artsen. Voor de juridische aspecten worden juristen aangesteld. Veeleer dan ethici als lid te benoemen, gaf de wetgever de voorkeur aan de categorie van mensen die vertrouwd zijn met de problematiek of praktische ervaring hebben met de behandeling van ongeneeslijk zieke patiënten. Hierbij werd vooral gedacht aan personen werkzaam in de palliatieve zorg, aan verpleegkundigen en aan leden van patiëntenverenigingen[99].
Bij Koninklijk Besluit van 2 augustus 2002[100] werden de leden en hun plaatsvervangers benoemd en dit voor een verlengbare termijn van vier jaar.

523. Eenieder die, in welke hoedanigheid ook, zijn medewerking verleent aan de toepassing van de Euthanasiewet, is verplicht tot geheimhouding van de gegevens die hem in de uitoefening van zijn opdracht worden toevertrouwd en die hiermee verband houden. Art. 458 Sw. is op hem van toepassing[101].

2. Taken: controle en evaluatie

524. De Commissie heeft op de eerste plaats een belangrijke controletaak. Een goede en betrouwbare Euthanasiewet staat of valt immers met een efficiënte controle.
Daarom heeft de wetgever ervoor geopteerd om euthanasie te doen melden. De Commissie doet dienst als buffer tussen de arts en de procureur des Konings. Het melden van euthanasie aan de Commissie, die voor de helft uit artsen-collega's is samengesteld, moet de arts de nodige rechtszekerheid geven en zal hem minder brandmerken dan een overzending aan de procureur des Konings[102].

525. De Commissie gaat op basis van het tweede, anonieme deel van het registratiedocument na of de euthanasie is uitgevoerd onder de voorwaarden en volgens de procedure van de Euthanasiewet.
Indien de Commissie van oordeel is dat alle wettelijke voorwaarden werden vervuld, wordt aan de zaak geen verder gevolg gegeven.

---

98 Artikel 6, § 2 Euthanasiewet.
99 *Ibid.*, 1201.
100 *B.S.* 10 september 2002.
101 Artikel 12 Euthanasiewet.
102 Toelichting bij amendement nr. 18, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/4, p.12.

Bij twijfel kan de Commissie bij gewone meerderheid beslissen om de anonimiteit op te heffen. Hiervoor zijn dus de helft van de stemmen plus één stem vereist. Bij staking van stemmen wordt de anonimiteit niet opgeheven.
Wanneer hiervoor een meerderheid bestaat, neemt de commissie kennis van het eerste nominatieve deel van het registratiedocument. Ook kan elk element uit het medisch dossier aan de behandelende arts worden opgevraagd. De behandelende arts kan door de commissie ook worden gehoord[103]. Wanneer de arts zou weigeren het medisch dossier over te maken omdat hij zich beroept op zijn beroepsgeheim of omdat de patiënt zich daartegen in een wilsverklaring heeft verzet, plaatst de arts zich buiten het toepassingsgebied van de wet en valt hij opnieuw onder de strafwet[104].
Indien de Commissie, na kennisname van het volledige registratiedocument, met een twee derde meerderheid beslist dat de wettelijke voorwaarden voor euthanasie niet vervuld zijn, wordt het dossier overgezonden aan de procureur des Konings van de plaats van overlijden van de patiënt.

526. De controleopdracht van de Commissie doet geenszins afbreuk aan de onderzoeks- en vervolgingsmogelijkheid van het parket. Eenieder die een belang heeft kan los van de aangifte aan de Commissie, een klacht indienen bij het parket en de strafprocedure krijgt dan haar gewone verloop. Het parket kan op eigen initiatief of na klacht een opsporingsonderzoek starten. Het parket is dus geenszins gebonden door de beslissing van de Commissie. Los van de werking van de Commissie, kan het parket beslissen tot vervolging over te gaan. De procureur kan het dossier van de commissie opvragen of zelfs in beslag laten nemen.
De onafhankelijkheid van het parket speelt ook in de andere richting. Een door de Commissie aan het parket overgezonden dossier, bindt het parket evenmin. Het parket zal vrij beslissen om de overgezonden zaak te seponeren of om een strafvordering in te stellen[105].

527. Naast haar controleopdracht heeft de Commissie ook een belangrijke evaluatietaak. De huidige regeling is een momentopname. De Euthanasiewet moet regelmatig op haar praktische toepassing worden geëvalueerd en indien nodig aan nieuwe maatschappelijke omstandigheden worden aangepast.
Daarom moet de commissie, om de twee jaar, een evaluatieverslag opstellen voor het Parlement, bevattende: a) een statistisch verslag waarin de infor-

---

103 *Ibid.*, 12.
104 Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 1220.
105 Verslag-GIET, VAN DE CASTEELE, BARZIN en SCHAUVLIEGE, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1488/009, p. 97.

matie is verwerkt uit het tweede deel van het volledig ingevulde registratiedocument; b) een verslag waarin de toepassing van de wet wordt aangegeven en geëvalueerd; c) in voorkomend geval, aanbevelingen die kunnen leiden tot een wetgevend initiatief en/of andere maatregelen inzake de uitvoering van de wet[106].

§ 5. JURIDISCHE GEVOLGEN VAN EUTHANASIE, HET EUTHANASIEVERZOEK EN DE EUTHANASIEVERKLARING TEN OPZICHTE VAN HULPVERLENERS EN VERZEKERAARS

528. Artikel 14 Euthanasiewet bepaalt uitdrukkelijk dat het euthanasieverzoek en de wilsverklaring geen dwingende waarde hebben. Geen arts kan worden gedwongen euthanasie toe te passen en geen andere persoon kan worden gedwongen mee te werken aan het toepassen van euthanasie. Het euthanasieverzoek is, naast andere, een belangrijk beslissingselement voor de arts, maar houdt geen verplichting in.
Er bestaat met andere woorden een recht van de patiënt euthanasie te vragen, maar geen afdwingbaar recht op euthanasie.
De arts aan wie een euthanasieverzoek wordt gericht, heeft dus drie mogelijkheden: ofwel gaat hij in op het verzoek en dient hij de voorwaarden van de Euthanasiewet na te leven; ofwel wil de arts wel euthanasie toepassen, maar enkel indien aan bepaalde bijkomende voorwaarden is voldaan; ofwel weigert hij op het euthanasieverzoek in te gaan.

529. De arts die weigert euthanasie toe te passen, heeft wel een aantal verplichtingen ten opzichte van de patiënt.
De weigerende arts moet de patiënt of zijn eventuele vertrouwenspersoon tijdig van zijn weigering op de hoogte brengen.
Bovendien rust op de arts ook een motiveringsplicht: hij/zij moet de reden van zijn weigering toelichten. Berust zijn weigering op een medische grond, dan wordt die in het medisch dossier van de patiënt opgetekend.
Ten slotte moet de weigerende arts op verzoek van de patiënt of de vertrouwenspersoon, het medisch dossier van de patiënt meedelen aan de door de patiënt of de vertrouwenspersoon aangeduide arts[107].

530. De vraag rijst ten slotte wat de juridische gevolgen zijn van euthanasie op de verzekeringsovereenkomsten die de betrokkene heeft gesloten.

---

[106] Artikel 9 Euthanasiewet.
[107] Artikel 14 Euthanasiewet.

De bedoeling van de wetgever bestond erin betwistingen met verzekeraars na een overlijden door euthanasie te voorkomen en de begunstigden van bijvoorbeeld een overlijdensverzekering te beschermen[108].
Vandaar dat art. 15 Euthanasiewet bepaalt dat een persoon die overlijdt tengevolge van euthanasie toegepast onder de wettelijke voorwaarden, geacht wordt een natuurlijke dood te zijn gestorven ten aanzien van de uitvoering van de overeenkomsten waarbij hij partij was, en met name de verzekeringsovereenkomsten.
De dood tengevolge van euthanasie wordt dus als een natuurlijke dood beschouwd. De arts die euthanasie heeft toegepast zal dus op het *post mortem*-attest bestemd voor de verzekeraar natuurlijke dood kunnen invullen zonder de waarheid geweld aan te doen.
Zelfs indien de verzekeraar een natuurlijke dood tengevolge van euthanasie als uitgesloten risico in de polis heeft opgenomen, zal het dus geen sinecure zijn om te achterhalen dat de verzekerde is overleden als gevolg van euthanasie.

BESLUIT 2

531. De wetgever is uitgegaan van het beginsel dat inzake euthanasie ieder naar zijn persoonlijke overtuiging een beslissing moet kunnen nemen. Op basis van dit vrijheidsbeginsel kan dus elke persoon handelen overeenkomstig zijn opvatting, en wordt aldus niet één bepaalde ethische overtuiging aan de burgers opgelegd[109].
De Euthanasiewet gaat uit van een voorwaardelijke depenalisering van euthanasie of een machtiging door de wet, net zoals dit voor de Abortuswet het geval is geweest. De wet is het resultaat van een delicate afweging van verschillende belangen en waarden: het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, voorkomen dat patiënten onnodig, ongewild en ondraaglijk zouden lijden, de bevordering van een open communicatie over het einde van het leven tussen arts en patiënt, de bescherming van arts én patiënt door het opleggen van grond- en procedurevoorwaarden, en de noodzaak maatschappelijke controle uit te oefenen op de procedure, de uitvoering en het aantal gevallen van euthanasie.
Dat het zelfbeschikkingsrecht in de Euthanasiewet het uitgangspunt vormt, komt het scherpst tot uiting doordat ook psychisch lijdende en niet-terminale patiënten om euthanasie kunnen verzoeken. Sommigen vinden dit (moreel) onaanvaardbaar. Nochtans kan moeilijk worden ontkend dat

---

108 Cf. Verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 1320.
109 Zie O.m.verslag-LALOY en VAN RIET, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, p. 231, 247e.v.en 272 e.v.; zie ook H. LEENEN, *Handboek Gezondheidsrecht*, I, 304.

ook deze groep patiënten ongewild ondraaglijk kan lijden, wat de Euthanasiewet juist wil voorkomen.
De Euthanasiewet vormt dan wel de principiële bevestiging van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, dit recht is niet onbegrensd. Door verscheidene grond- en procedurevoorwaarden voor te schrijven, heeft de wetgever aan elke persoon een gecontroleerde keuzevrijheid gegeven: de burger kan kiezen voor euthanasie enkel indien aan alle wettelijke voorwaarden is voldaan.
De wetgever heeft een evenwicht nagestreefd tussen de bescherming van de patiënt door het opleggen van zorgvuldigheidsvereisten en een werkbare procedure voor de arts. De door de arts te volgen procedure moet niet worden overschat, omdat verscheidene procedureverplichtingen neerkomen op informatie- en communicatieplichten die vanzelfsprekend zijn, zoals informatieverstrekking aan de patiënt, en bespreking met verpleegkundigen, naasten, derden, …[110]. Ook is er een controle *a posteriori* op het handelen van de arts. De arts moet alle relevante documenten opnemen en zijn handelingen noteren in het medisch dossier van de patiënt. Daarnaast dient de arts een registratiedocument over te maken aan de Commissie die in eerste instantie het document en later eventueel het medisch dossier zal onderzoeken. Deze controleprocedure doet niets af aan de bevoegdheid van het parket om een onderzoek te openen.

532. Kritiek is op zijn plaats met betrekking tot het beperkte toepassingsgebied van de wet. Enkel euthanasie wordt geregeld in deze wet, maar niet de andere medische beslissingen bij het levenseinde, zoals hulp bij zelfdoding, pijnbestrijding met levensverkortend effect, het niet starten of staken van een medische behandeling, het afbouwen van behandelingen, enzovoort.
Ook valt het te betreuren dat voor een belangrijke groep van wilsonbekwamen, zoals de dementen en de minderjarigen die ondraaglijk lijden, wettelijk niets is geregeld. De arts zal zich ten opzichte van hen eventueel op de noodtoestand kunnen beroepen.
Ten slotte kan worden ingestemd met de kritiek van de Raad van State dat de wet geen onderscheid maakt naargelang de arts een grondvoorwaarde dan wel een procedurevoorwaarde overtreedt: telkens valt de arts die een bepaling niet naleeft terug onder de toepassing van het Strafwetboek. Weliswaar kan deze kritiek ook enigszins worden gerelativeerd, omdat de Commissie wellicht geen tweederde meerderheid zal vinden bij overtreding

[110] Contra: G. GEUDENS, "Het euthanasiedebat ruim bekeken. Juridische en politieke beschouwingen bij de discussie in België en Nederland", in F. VAN NESTE, J. TAELS en A. COOLS (eds.), *Van klinische ethiek tot biorecht*, Leuven, Peeters, 2001, 473 volgens wie de "wildgroei aan zorgvuldigheidsvereisten" tot een bureaucratisering van het levenseinde heeft geleid.

van een loutere vormvoorwaarde, om het dossier naar de Procureur des Konings te zenden.

DEEL VI
HUWELIJK TUSSEN PERSONEN VAN HETZELFDE GESLACHT IN BELGIË: INTERNRECHTELIJKE EN INTERNATIONALE IMPLICATIES

PROF. DR. MARTA PERTEGÁS SENDER[1]

Docent internationaal privaatrecht, UA
Advocaat

[1] Marta.Pertegas@ua.ac.be

HOOFDSTUK I.
SITUERING

533. De Wet van 13 februari 2003 (hierna, "Wet Openstelling Huwelijk") stelt het huwelijk open voor personen van hetzelfde geslacht.[2] Het uitgangspunt van de wet situeert zich in de vaststelling dat, in de hedendaagse samenleving, het huwelijk als een (vormgebonden) verbintenis tussen twee personen wordt aangevoeld. Het huwelijk heeft immers als voornaamste doel het creëren van een duurzame samenlevingsband. Daar het verwekken van kinderen niet meer als essentieel oogmerk van het huwelijk wordt aangezien, is er geen objectieve en redelijke rechtvaardiging voor een ongelijke behandeling van homoseksuele en heteroseksuele paren bij de toegang tot het huwelijk.[3] De *ratio* van de wetgever is dan ook duidelijk: het opengestelde huwelijk bewerkstelligt de gelijke behandeling van homoseksuele paren ten opzichte van heteroseksuele paren op het vlak van de toegang tot het huwelijk.

534. De invulling die aan het begrip "huwelijk" door de wetgever van 13 februari 2003 wordt gegeven, wordt echter niet algemeen aanvaard. In zijn advies van 12 november 2001, over het voorontwerp van wet, stelde de Raad van State dat de uitsluiting van de mogelijkheid om in het huwelijk te treden op basis van geslacht en seksuele geaardheid, geen discriminatie inhoudt. De Raad van State baseerde zich op de in internationale verdragen gehanteerde invulling van het begrip huwelijk en benadrukte het verband van causaliteit tussen het recht om te huwen en de wil om een gezin te stichten.[4] Het valt dan ook af te wachten of de wijziging van de inhoud van het rechtsinstituut huwelijk, die door de wet bewerkstelligd is, op weerstand zal stuiten. In het bijzonder rijst de vraag naar de reacties vanuit het buitenland op de openstelling van het huwelijk in het Belgische recht.

---

[2] Wet tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek van 13 februari 2003, *B.S.* 28 februari 2003.
Voor de eerste commentaren zie P. SENAEVE, "De wet van 13 februari 2003 tot invoering van het homohuwelijk in het Belgische recht", *E.J.* 2003, 50-62; C. AREND-CHEVRON, "La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe", *Courrier hebdomadaire CRISP* 2003, nr. 1780, 5-24; D. STERCKX, "A propos de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe", *J.T.* 2003, 434 ; G. VERSCHELDEN, "De openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht", *T.v.W.* 2003, 148-151; G. VERSCHELDEN, "Homohuwelijk heeft praktische gevolgen", *Juristenkrant* 2003, nr. 65, 10.

[3] *Parl.St.* Kamer, 2001-02, nr. 1692/001, Memorie van Toelichting, 4.

[4] *Parl.St.* Kamer, 2001-02, nr. 1692/001, Advies van de Raad van State, 21.

535. In deze bijdrage wordt in de eerste plaats aandacht geschonken aan de nieuwe facetten van het huwelijk naar Belgisch recht. In een tweede deel wordt de openstelling van het huwelijk in een internationaal kader geplaatst.

HOOFDSTUK II.
TOEGANG TOT HET OPENGESTELDE HUWELIJK

§ 1. INWERKINGTREDING EN OVERGANGSRECHT

536. De Wet Openstelling Huwelijk treedt in werking op de eerste dag van de vierde maand na die waarin zij in het *Belgisch Staatsblad* is bekend gemaakt.[5] Aangezien de wet in het *Staatsblad* van 28 februari 2003 verscheen, is ze op zondag (!) 1 juni 2003 in werking getreden.

Tussen de publicatie en de inwerkingtreding van de wet rees de vraag of personen die een huwelijk wensten aan te gaan, vóór 1 juni 2003 aangifte van huwelijk konden doen bij de ambtenaar van de burgerlijke stand. In de rechtsleer wees SENAEVE op de onmogelijkheid voor de ambtenaren van de burgerlijke stand om vóór de datum van inwerkingtreding van de wet, aangifte van een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht te aanvaarden.[6]

537. Dit betekent dat de eerste aangifte van een huwelijk van gelijkslachtige toekomstige echtgenoten ten vroegste op maandag 2 juni 2003 kon gebeuren. Daar het huwelijk niet kan worden voltrokken vóór de 14e dag na de datum van het opstellen van de akte van aangifte (art. 165, § 1 B.W.), zouden koppels van hetzelfde geslacht ten vroegste op maandag 16 juni 2003 kunnen huwen…

De praktijk bleek enigszins anders… Door de laattijdige verspreiding van de omzendbrief over de wet[7] meenden enkele ambtenaren – ten onrechte – dat een huwelijk tussen twee mannen of twee vrouwen reeds vanaf 1 juni 2003 voltrokken kon worden. Toen duidelijk werd dat zulke huwelijken overeenkomstig art. 184 B.W in principe vatbaar voor nietigverklaring waren, werd de tussenkomst van de procureur des Konings onafwendbaar. De procureur kan immers "*om gewichtige redenen*" een vrijstelling van wachttijd (en eventueel zelfs van huwelijksaangifte) aan de toekomstige echtge-

---

5 Art. 23.

6 Cfr. P. SENAEVE, *art. cit.* noot nr. 2, 61.

7 Omzendbrief van 8 mei 2003 betreffende de wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, *B.S.* 16 mei 2003.

noten verlenen.[8] Het eerste huwelijk tussen twee personen van hetzelfde geslacht vond overigens plaats in Kapellen op 9 juni 2003.

§ 2. VERSCHIL VAN GESLACHT IS IRRELEVANT GEWORDEN

538. De basisbepaling van de Wet Openstelling Huwelijk is ongetwijfeld het nieuwe art. 143 B.W., dat bepaalt dat "*een huwelijk kan worden aangegaan door twee personen van verschillend of van hetzelfde geslacht*". Door deze wetswijziging[9] is het verschil van geslacht als grondvoorwaarde van het huwelijk irrelevant geworden. Hieruit volgt dat een persoon die niet ondubbelzinnig tot één van beide geslachten gerekend kan worden (dit wil zeggen een persoon van niet-herkenbaar geslacht), voortaan zowel met een man als met een vrouw kan huwen.[10] Voor postoperatieve transseksuelen, die hun juridisch geslacht in hun geboorteakte hebben laten wijzigen, betekent de Wet Openstelling Huwelijk dat hun bestaand huwelijk niet meer vernietigbaar is op die grond. Na de geslachtswijziging is de transseksueel inderdaad met een persoon van hetzelfde geslacht getrouwd, wat thans door de wet is toegelaten.[11]

539. Daarnaast voert de Wet Openstelling Huwelijk een aantal terminologische aanpassingen door in andere bepalingen uit het B.W. Ter illustratie:
- in art. 1398 B.W. inzake het wettelijk huwelijksvermogensstelsel, waar er sprake is van het eigen vermogen "*van elk van beide echtgenoten*" en het gemeenschappelijke vermogen "*van beide echtgenoten*";
- in art. 206, eerste lid B.W., dat betrekking heeft op de onderhoudsverplichting tussen schoonouders en schoonkinderen, wordt het onderscheid op grond van het geslacht afgeschaft.

§ 3. GRONDVOORWAARDEN VAN HET HUWELIJK

540. De toegang tot het huwelijk voor heteroseksuele of homoseksuele paren is onderworpen aan identieke voorwaarden (minimumleeftijd, huwe-

---

8 Cfr. P. SENAEVE, *art. cit.* noot nr. 2, 61.

9 Hoewel voorheen het B.W. nergens uitdrukkelijke bepaalde dat enkel een man en een vrouw met elkaar in het huwelijk konden trouwen, volgde vanzelfsprekend uit verschillende bepalingen dat het huwelijk alleen kon worden aangegaan door personen van verschillend geslacht. Cfr. D. STERCKX, *art.cit.* noot nr. 2, 434.

10 P. SENAEVE, *art. cit.* noot nr. 2, 52.

11 G. VERSCHELDEN, "De openstelling van het huwelijk …", *art. cit.* noot nr. 2, 150.

lijksverboden, enzovoort). Er kunnen echter een aantal specifieke vragen rijzen naar aanleiding van het huwelijk van een koppel van hetzelfde geslacht.

A. Wettelijk samenwonenden

541. Personen van hetzelfde geslacht die wettelijk samenwonen, kunnen in het huwelijk treden, zonder voorafgaandelijk hun wettelijke samenwoning ongedaan te maken. Door het huwelijk houdt de wettelijke samenwoning van rechtswege op (art. 1476, § 2, eerste lid B.W.).

B. Huwelijksbeletsels

542. De in de art. 161 tot en met 163 B.W. opgenomen huwelijksbeletsels worden uitgebreid om rekening te houden met kandidaat huwenden van hetzelfde geslacht.[12]

Artikel 162 B.W. verbiedt het huwelijk tussen broer en zuster. Door de Wet Openstelling Huwelijk wordt het huwelijksbeletsel uitgebreid om het huwelijk tussen twee broers of twee zusters te verbieden.

Artikel 163 B.W. verbiedt het huwelijk tussen oom en nicht en tussen tante en neef. Ook de hypothese van een huwelijk tussen oom en neef of tante en nicht valt thans onder het gewijzigde art. 163 B.W.

543. Overeenkomstig art. 164 B.W. kan de Koning "*om gewichtige redenen*" een opheffing van bepaalde huwelijksbeletsels verlenen. Het huwelijksverbod tussen schoonbroer en schoonzus springt daarbij in het oog. Dit huwelijksbeletsel was reeds afgeschaft voor het geval degene die de aanverwantschap had doen ontstaan, overleden was of voor het geval van de echtscheiding van één van hen.[13] SENAEVE wijst terecht op de inconsistentie van het gewijzigde art. 164 B.W. waar bepaald wordt dat de Koning het verbod "*betreffende huwelijken tussen schoonbroeder en schoonzuster, schoonbroeder en schoonbroeder of schoonzuster en schoonzuster*" om gewichtige redenen kan opheffen.[14] Het is onwaarschijnlijk dat de wetgever werkelijk de bedoeling had om de voorwaarden voor een afschaffing van dit verbod te verstrengen. SENAEVE stelt dan ook voor om het tweede luik van het gewijzigde art. 164 B.W., in geval van overlijden of echtscheiding, als ongeschreven te be-

---

12 Voor een overzicht, cfr. P. SENAEVE, *art. cit.* noot nr. 2, 53-54.

13 P. SENAEVE, "De Wet van 27 maart 2001 tot afschaffing van het huwelijksverbod tussen schoonbroer en schoonzus", *E.J.* 2001, 86-88.

14 Cfr. P. SENAEVE, *art. cit.* noot nr. 2, 54.

schouwen. De legislatieve lapsus wordt immers expliciet door de Omzendbrief van 8 mei 2003 erkend: "*het huwelijksbeletsel tussen schoonbroers en schoonzusters werd afgeschaft door de wet van 27 maart 2001 (…). Het kon dus niet worden uitgebreid tot huwelijken tussen schoonbroers of tussen schoonzusters. De in het nieuwe artikel 164 aan de Koning geboden mogelijkheid het huwelijksbeletsel tussen die personen om gewichtige redenen op te heffen, heeft bijgevolg geen bestaansreden*".[15]

Ter illustratie: een vrouw is getrouwd geweest met een man, die ondertussen overleden is. Het is mogelijk voor de weduwe om thans in het huwelijk te treden met de zus van haar gewezen echtgenoot.

[15] Omzendbrief van 8 mei 2003 betreffende de wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, *B.S.* 16 mei 2003, 3.

HOOFDSTUK III.
GEVOLGEN VAN HET OPENGESTELDE HUWELIJK

544. De gelijke behandeling van homo- en heteroseksuele partners binnen één en hetzelfde rechtsinstituut werkt in beginsel op het vlak van de rechtsgevolgen van het huwelijk door. Een essentiële uitzondering wordt echter gemaakt in de verhouding van de partners van hetzelfde geslacht met de kinderen. Dit verklaart de in de rechtsleer weinig flatterende verwijzingen naar het opengestelde huwelijk: "gecastreerde huwelijk"[16] of "alcoholvrije jenever"[17] behoren tot de gebruikte beelden om het huwelijk van partners van hetzelfde geslacht te beschrijven…

§ 1. OORSPRONKELIJKE AFSTAMMING EN HUWENDEN VAN GELIJK GESLACHT

A. Situering

545. De gelijkschakeling van huwelijken tussen hetero- en homoseksuelen heeft geen gevolgen inzake afstamming. Zo heeft het huwelijk tussen twee personen van hetzelfde geslacht geen afstammingsrechtelijke gevolgen. Volgens de wetgever zou "*het van rechtswege verbinden van afstammingsrechtelijke gevolgen aan een huwelijk tussen twee personen van hetzelfde geslacht (…) tot een te grote abstractie van de werkelijkheid leiden*".[18] Het is immers fysiologisch onmogelijk dat een kind dat binnen een huwelijk van twee vrouwen geboren wordt, van de beide vrouwen afstamt. Men zou dan ook op een fictie moeten steunen om aan te nemen dat een kind door afstamming in familierechtelijke betrekking tot beide vrouwen staat. Daar het traditionele afstammingsrecht inderdaad op biologisch mogelijke situaties gebaseerd is, voorziet de Wet Openstelling Huwelijk in een aangepaste regeling voor huwelijken gesloten tussen personen van hetzelfde geslacht. Hierna worden de aanpassingen in de bepalingen betreffende het vermoeden van vaderschap, het onderzoek naar het vaderschap en de erkenning van een kind door een gehuwde ouder op een rij gezet.

---

16 P. SENAEVE, *art. cit.* noot nr. 2, 52, voetnoot 12, met verwijzing naar H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA.
17 G. VERSCHELDEN, "Homohuwelijk …", *art.cit.* noot nr. 2, 10.
18 *Parl.St.* Kamer, 2001-02, nr. 1692/001, Memorie van Toelichting, 6.

B. Vermoeden van vaderschap

546. Op grond van art. 312 B.W. heeft het kind als moeder de persoon die als zodanig in de akte van geboorte is vermeld. Indien deze vrouw gehuwd is (of gehuwd was en het kind is geboren binnen 300 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk), verklaart art. 315 B.W. de (ex-)echtgenoot als juridische vader. Dit weerlegbaar vermoeden geldt enkel ingeval de moeder met een man gehuwd was (art. 143, tweede lid B.W.). Als beide echtlieden vrouwen zijn, ontstaat er immers geen afstammingsband tussen het geboren kind en de vrouw die dat kind niet gebaard heeft.

C. Onderzoek naar het vaderschap tegen een gehuwde man

547. Artikel 322, tweede lid B.W. is lichtjes aangepast om rekening te houden met de hypothese van een onderzoek naar het vaderschap tegen een man die gehuwd is met een andere man. Als de moeder van het kind een vordering tot vaststelling van het vaderschap tegen de vermeende vader instelt en een vonnis waarbij de afstamming wordt vastgesteld bekomt, dient het vonnis aan de echtgenoot of echtgenote van de vader betekend te worden. Vóór de betekening is het vonnis niet tegenwerpbaar aan de echtgenoot of echtgenote noch aan de gemeenschappelijke kinderen (van verweerder en zijn echtgenote).

D. Erkenning door een gehuwde man

548. Volgens het gewijzigde art. 319*bis*, eerste lid B.W. dient de echtgenoot of echtgenote van een man die een overspelig kind erkent, op de hoogte gebracht te worden van deze erkenning. Hij of zij zal dan ook opgeroepen worden tijdens de homologatieprocedure van de akte van erkenning om eventueel te bewijzen dat de verzoeker tot erkenning de genetische vader niet is.

E. Erkenning door een gehuwde vrouw

549. In geval van erkenning door een gehuwde vrouw van een kind dat tijdens haar huwelijk werd geboren, dient er een kennisgeving van deze erkenning te gebeuren aan haar echtgenoot of haar echtgenote (art. 313, § 3 B.W.). Totdat de kennisgeving is gebeurd, is de erkenning niet tegenwerpbaar aan de echtgenoot (en aan de uit het huwelijk geboren kinderen) of aan de echtgenote.

§ 2. ADOPTIEVE AFSTAMMING EN GEHUWDEN VAN GELIJK GESLACHT

550. De openstelling van het huwelijk voor twee personen van hetzelfde geslacht heeft zoals gezegd geen gevolgen op het vlak van de afstamming. Deze lijn werd doorgetrokken inzake adoptie.

Adoptie wordt voorbehouden aan één persoon, aan echtgenoten van *ongelijk* geslacht of samenwonenden van ongelijk geslacht. De Wet Openstelling Huwelijk wijzigt een aantal bepalingen in Titel X van het B.W. om deze beperking te verwezenlijken.[19]

A. Adoptie door echtgenoten van hetzelfde geslacht is niet mogelijk

551. Adoptie door twee echtgenoten is enkel mogelijk in geval van een man-vrouw-huwelijk. Artikel 346, 1 B.W. vereist immers dat de echtgenoten van verschillend geslacht zijn om tot adoptie over te gaan. Hetzelfde verbod geldt ingeval van volle adoptie (art. 368, 3 B.W.). Daardoor wordt het onmogelijk dat twee echtgenoten van hetzelfde geslacht samen hetzelfde kind adopteren of dat het kind achtereenvolgens door één en de andere echtgenoot geadopteerd wordt. Logischerwijze verbiedt het gewijzigde art. 346, 3 B.W. ook dat het geadopteerde kind van een echtpaar opnieuw geadopteerd wordt door degene met wie één van de echtgenoten hertrouwd is, als het tweede huwelijk door personen van hetzelfde geslacht wordt voltrokken.

Ter illustratie: een vrouw en haar eerste echtgenoot adopteren een kind. Na het overlijden van haar man hertrouwt de vrouw met een andere vrouw. In dit geval kan de tweede echtgenote het adoptieve kind van de vrouw niet zelf adopteren.

Op het vlak van adoptie is de Belgische wetgeving restrictiever dan de Nederlandse. In Nederland is adoptie mogelijk door gehuwden van hetzelfde geslacht. Ze kan de vorm aannemen van éénouderadoptie of een adoptie door twee personen.

---

[19] Zie ook de wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie, *B.S.* 16 mei 2003. Door de inwerkingtreding van deze wet (op een door de Koning bepaalde datum) zal art. 341, eerste lid B.W. worden gewijzigd.

B. Stiefouderadoptie toch mogelijk?

552. De eerste commentatoren wijzen aan dat de stiefouderadoptie juridisch-technisch nog steeds mogelijk is in geval van echtgenoten van hetzelfde geslacht.[20] Door een onvolledige aanpassing van de relevante bepalingen in het B.W. wordt, in geval van echtgenoten van hetzelfde geslacht, de stiefouderadoptie weliswaar onderworpen aan strengere vereisten (*qua* leeftijd en leeftijdsverschil) maar echter niet ontoelaatbaar. Het gewijzigde art. 345, 2 B.W. vereist dat, in geval van echtgeno(o)t(e) van hetzelfde geslacht, de adoptant minstens 25 jaar oud is en het leeftijdsverschil tussen adoptant en geadopteerde minstens 15 jaar bedraagt (in plaats van respectievelijk 18 en 10 jaar). Indien de leeftijdsvoorwaarden gerespecteerd zijn, is een stiefouderadoptie niet verboden door de nieuwe wet.

De vraag rijst uiteraard of deze mogelijkheid met de wil van de wetgever strookt. In de Memorie van Toelichting wordt immers categoriek verworpen dat het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht (adoptieve) afstammingsrechtelijke gevolgen zou hebben. Het lijkt dan ook weinig waarschijnlijk dat de rechtbanken een stiefouderadoptie zullen homologeren in geval van echtgenoten van hetzelfde geslacht.

C. Eenouderadoptie is mogelijk

553. Twee al dan niet gehuwden van hetzelfde geslacht kunnen samen geen kind adopteren. Één van de echtgenoten kan wel door middel van de eenouderadoptie een kind adopteren. De eenouderadoptie is immers mogelijk door een vrijgezel, een gescheiden persoon of een gehuwde (ongeacht het geslacht van zijn/haar wederhelft). Voorwaarde voor de eenouderadoptie is dat de echtgenoot of echtgenote van de adoptant met de adoptie toestemt (art. 347 B.W.).[21]

Uiteraard dienen de algemene voorwaarden voor adoptie te worden nageleefd. De adoptie moet dan ook op wettige redenen steunen en in het hogere belang van het kind gebeuren.

---

[20] Cfr. P. SENAEVE, *art. cit.* noot nr. 2, 57-58.

[21] Zie art. 346 en 368, derde lid B.W. De wet tot hervorming van de adoptie (*supra*, noot nr. 19) bepaalt in art. 343, eerste lid B.W. eveneens dat de adoptant "een persoon" kan zijn.

HOOFDSTUK IV. TUSSENBESLUIT

554. Als respons op de maatschappelijke evoluties op het vlak van homoseksuele relaties kon de Belgische wetgever twee verschillende pistes bewandelen: ofwel de openstelling van het huwelijk voor partners van hetzelfde geslacht, ofwel een nieuwe samenlevingsvorm met vergelijkbare effecten als het huwelijk oprichten. De Wet Openstelling Huwelijk creëert een hybride situatie door het begrip "huwelijk" te hanteren, hoewel de gevolgen van dat huwelijk verschillen naargelang de geaardheid van de echtgenoten. Zoals door STERCKX gesteld, "*entre deux techniques consistant, l'une, à ouvrir le mariage aux homosexuels, l'autre, à élaborer un statut équivalent autrement nommé, le législateur a opté pour la première en offrant aux homosexuels le mot sans pour autant leur octroyer entièrement la chose (…).*"[22]

Deze beleidskeuze heeft ook aanzienlijke implicaties op internationaal privaatrechtelijke vlak. De ruimtelijke contouren van de Wet Openstelling Huwelijk worden immers door het internationaal privaatrecht afgelijnd. Enerzijds bepaalt het *Belgische* internationaal privaatrecht welke kandidaathuwenden onder het toepassingsgebied van het opengestelde huwelijk vallen. Anderzijds zijn de rechtsgevolgen van in België voltrokken huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht deels afhankelijk van *buitenlandse* regels op het gebied van de erkenning van huwelijken. Het is dan ook noodzakelijk om de wet in de internationale arena te plaatsen om potentiële knelpunten te identificeren en, indien mogelijk, oplossingen voor te stellen.

[22] D. STERCKX, *art.cit.* noot nr. 1, 434.

HOOFDSTUK V.
OPENSTELLING VAN HET HUWELIJK IN INTERNATIONAAL PERSPECTIEF

555. Met de Wet Openstelling Huwelijk plaatst België zich, naast Nederland, in de geringe groep van landen waar het huwelijk opengesteld is voor personen van hetzelfde geslacht. Een rechtsvergelijkende blik op huwelijkse en buitenhuwelijkse samenwoning in verschillende rechtssystemen leert ons dat dit rechtsgebied een razendsnelle evolutie kent (zie volgend randnummer).

§ 1. OPENSTELLING VAN HET HUWELIJK IN RECHTSVERGELIJKEND PERSPECTIEF

556. Met de openstelling van het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht zorgde Nederland in 2000 voor een wereldwijde legislatieve *primeur*. Sinds 1 april 2001 – datum van inwerkingtreding van de wet van 21 december 2000 – is het huwelijk tussen twee mannen of twee vrouwen in Nederland mogelijk. In België is het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht mogelijk sinds 1 juni 2003. Ook in Canada blijkt het huwelijk tussen partners van hetzelfde geslacht thans mogelijk. Door geen hoger beroep aan te tekenen tegen een uitspraak van het Hof van Beroep van Ontario,[23] dat het huwelijksbeletsel van verschil van geslacht ongrondwettelijk verklaarde, heeft de Canadese regering de openstelling van het huwelijk voor homoseksuele koppels *de facto* aanvaard. Hoewel de bestaande wetgeving nog moet worden aangepast, zouden homoseksuele paren vanaf de datum van de uitspraak in Canada in het huwelijk kunnen treden.[24]

557. De openstelling van het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht bestaat als dusdanig (nog) niet in andere rechtssystemen. Talrijke landen hebben niettemin nieuwe rechtsfiguren in hun nationale familierecht geïncorporeerd om de rechtspositie van buitenhuwelijkse samenwonenden – voornamelijk van hetzelfde geslacht – te regelen. In Europa is dit onder andere het geval in Denemarken, Noorwegen, Zweden, IJsland, Duitsland,

---

[23] Ontario, 10 juni 2003, Halpern et al. v. Attorney General of Canada et al., nog niet gepubliceerd.

[24] *De Standaard Online*, 19 juni 2003.

Frankrijk en sommige regio's van Spanje.[25] De invulling die aan deze heterogene vormen van geregistreerd partnerschap wordt gegeven, varieert sterk van land tot land. In een aantal landen – onder meer Denemarken, Noorwegen, Zweden, IJsland en Finland – sorteert een geregistreerd partnerschap vergelijkbare rechtsgevolgen met die van het opengestelde huwelijk. Onder de benaming geregistreerd partnerschap is in deze landen een nieuw rechtsinstituut tot stand gekomen dat de gevolgen van het opengestelde huwelijk evenaart.[26] De Franse, Duitse of Catalaanse wetgever heeft zich weliswaar beperkt tot het inrichten van nieuwe samenlevingsvormen, waarvan de gevolgen in het algemeen minder ingrijpend zijn dan die van het huwelijk. Hierna wordt onderzocht of de gelijkenissen tussen huwelijkse en buitenhuwelijkse samenlevingsvormen een rol kunnen spelen op het terrein van de toepassing van de regels van het internationaal privaatrecht.

§ 2. TOEGANG TOT HET HUWELIJK IN BELGIË

A. Situering

558. De Wet Openstelling Huwelijk raakt niet aan de inzake het huwelijk geldende principes van internationaal privaatrecht.[27] Uit dit vrij laconieke beginsel van de wet volgt dat de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht geen nieuwe regeling invoert op het vlak van het Belgische internationaal privaatrecht.

Om het toepasselijke recht in internationale gevallen te bepalen, gelden verschillende regels voor respectievelijk vorm- en grondvoorwaarden van het huwelijk. De sancties in geval van niet naleven van de vorm- of grondvoorwaarden worden bepaald door het recht dat de respectieve voorwaarden beheerst.[28]

---

[25] Voor een volledige rechtsvergelijkende studie, cfr. onder andere, K. BOELE-WOELKI en A. FUCHS, (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, Antwerpen, Intersentia, 2003 en R. WINTERMUTE en M. ANDENAES, (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, Oxford, Hart Publishing, 2001.

[26] En soms overschrijdt: in Zweden kunnen geregistreerde partners van hetzelfde geslacht gezamenlijk een kind adopteren of het kind van de geregistreerde partner adopteren via co-ouderadoptie. Cfr. M. SAVOLAINEN, "The Finnish and the Swedish partnership acts – similarities and divergencies", *in* K. BOELE-WOELKI en A. FUCHS, (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 216.

[27] *Parl.St.* Kamer, 2001-02, nr. 1692/001, Memorie van Toelichting, 7.

[28] A. HEYVAERT, *Belgisch Internationaal Privaatrecht. Een inleiding*, Mechelen, Kluwer, 2002, 148-152; J. VERHELLEN, *Commentaar Personen en Familierecht*, losbladig, Kluwer, afl. februari 2001.

559. Het (al dan niet) vereiste geslachtsverschil vormt een grondvoorwaarde voor het huwelijk (naast, bijvoorbeeld, het leeftijdsvereiste, het ontbreken van bloed- of aanverwantschap en de huwelijksinstemmingen). Grondvoorwaarden worden traditioneel aangeknoopt aan de nationale wet van de aanstaande echtgenoten (art. 3, derde lid B.W.).

Wat de vormvoorschriften betreft voor huwelijken in België aangegaan, is de regel dat een vormelijk geldig huwelijk vereist dat de vormen van de plaats van huwelijkssluiting gerespecteerd worden (art. 170 B.W.). De Wet Openstelling Huwelijk elimineert elke verwijzing naar het geslacht van de echtgenoten uit deze bepaling.

B. De nationaliteit van de aanstaande echtgenoten als cruciale aanknopingsfactor

560. Zoals bekend, wordt in België traditioneel vastgeknoopt aan de nationaliteit van de betrokkene inzake de staat en bekwaamheid. Daarom wordt de toegang tot het huwelijk onderworpen aan de grondvoorwaarden die door de nationale wet van de aanstaande echtgenoten worden opgelegd. Hebben de toekomstige echtgenoten één gemeenschappelijke nationaliteit, is enkel hun *lex patriae communis* relevant. Indien ze van nationaliteit verschillen, moet iedere echtgenoot aan de voorwaarden van de eigen nationale wet voldoen.

561. Men kan dan ook twee hypotheses onderscheiden:
- De nationale wet van de echtgenoten (of van elk van de echtgenoten als ze van nationaliteit verschillen) heeft het huwelijk opengesteld voor paren van hetzelfde geslacht. In principe kunnen enkel Nederlandse, Belgische of Canadese onderdanen in deze categorie vallen (stand: juli 2003). Voor personen die niet de Belgische nationaliteit hebben, vereist de wetgever dat ze een formeel bewijs leveren "*door middel van een officieel document van de autoriteiten van hun land van herkomst waaruit blijkt dat het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht mogelijk is volgens de in dat land geldende regels*".[29]
- De nationale wet van de echtgenoten (of van één van de echtgenoten) kent enkel het huwelijk tussen paren van verschillend geslacht. Het huwelijk is ontoelaatbaar aangezien aan de grondvoorwaarden van het huwelijk niet voldaan is.

[29] Omzendbrief van 8 mei 2003 betreffende de wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, *B.S.* 16 mei 2003.

562. Op het eerste gezicht is de nationale wet van de kandidaat-huwenden van hetzelfde geslacht het enige doorslaggevende element om te bepalen of deze in België kunnen huwen. Ter vergelijking: het Nederlandse internationaal privaatrecht laat de toepassing van het Nederlandse recht toe als ten minste één van de huwenden de Nederlandse nationaliteit heeft of in Nederland zijn gewone verblijfplaats heeft.[30] Indien aan deze voorwaarde voldaan is, is het van geen belang of het recht van de niet-Nederlandse partner(s) het huwelijk toestaat met iemand van hetzelfde geslacht. Uiteraard geldt deze verwijzingsregel slechts ten opzichte van huwelijken die in Nederland gesloten worden. Hieruit volgt bijvoorbeeld dat het huwelijk tussen twee in Nederland woonachtige partners van gelijk geslacht, van wie één van Nederlandse nationaliteit en de andere van Belgische nationaliteit, in Nederland vóór de inwerkingtreding van de (Belgische) Wet voltrokken kon worden en daar rechtsgeldig is. Of dit huwelijk in België voor erkenning vatbaar is, wordt *infra* onderzocht (cfr. randnr. 579).

563. De Belgische regels van het internationaal privaatrecht wijken, in bepaalde gevallen, van de toepassing van de nationale wet van de echtgenoten af. Hierna wordt onderzocht of, op basis van bestaande internationaal privaatrechtelijke technieken zoals het *renvoi*, de exceptie van internationaal openbare orde of de assimilatie met buitenlandse rechtsfiguren, een aanvullende toepassingsruimte voor de Wet Openstelling Huwelijk is weggelegd.

C. Complicaties bij het toepassen van de nationale wet

1. Renvoi

564. *Renvoi* of herverwijzing ontstaat wanneer op basis van de Belgische verwijzingsregel, het recht van land A moet toegepast worden maar, op basis van de relevante verwijzingsregel van land A, het recht van België of van een derde land van toepassing is. In de eerste hypothese is er sprake van terugverwijzing naar het Belgische recht. In de tweede hypothese gaat het om een verderverwijzing naar het recht van een derde Staat. De achterliggende gedachte is dat het *renvoi* de toepassing kan vermijden van het materieel recht van een Staat dat zijn eigen recht op de relevante situatie niet toepasselijk acht.[31]

---

[30] Artikel 1, eerste lid, sub a en sub b van de Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen van 16 september 1993, *Stb.* 1993, 14.

[31] A. HEYVAERT, *o.c.* noot nr. 28, 108.

De techniek van het *renvoi* impliceert dan ook dat er uiteindelijk geen toepassing wordt gemaakt van het recht dat, volgens de Belgische verwijzingsregel, op het geschil oorspronkelijk relevant was.

565. Het Hof van Cassatie heeft (soms impliciet) herhaaldelijk aangenomen dat de techniek van het *renvoi* deel uitmaakt van het Belgische internationaal privaatrecht op het gebied van personen en familie.[32]

566. *Renvoi* is weliswaar slechts mogelijk indien drie cumulatieve voorwaarden voldaan zijn:
– volgens het Belgische internationaal privaatrecht, is het recht van een ander land van toepassing. Aangezien in België de grondvoorwaarden aan de nationaliteit van de kandidaat-huwende vastknopen, is aan deze voorwaarde voldaan als de kandidaat-huwende van buitenlandse nationaliteit is.
– het internationaal privaatrecht van het land van de nationaliteit knoopt de grondvoorwaarden van het huwelijk aan een andere aanknopingsfactor vast, bijvoorbeeld de gewone verblijfplaats of de woonplaats van de betrokkene; de plaats van huwelijkssluiting, enzovoort
– de relevante aanknopingsfactor is in België (of in Nederland of in Canada) gelegen.

De drie voorwaarden zijn bijvoorbeeld aanwezig als twee mannen, respectievelijk van Belgische nationaliteit en van Britse nationaliteit, huwelijksaangifte doen voor de ambtenaar van de burgerlijke stand van Antwerpen, waar ze samen reeds vijf jaar verblijven. De Britse man woonde voordien in Londen, waar hij ook geboren werd. Volgens het Belgische internationaal privaatrecht is het Engelse recht van toepassing. In het Engelse internationaal privaatrecht worden de grondvoorwaarden voor het huwelijk door de "*domicile*" bepaald.[33] Aangezien het koppel al een aantal jaren in België verblijft en van plan is om hier te blijven, valt het "*domicile*" van de Engelsman naar Engels recht in België te lokaliseren. Het Belgische recht is dan ook via *renvoi* toepasselijk.

567. Men zou echter kunnen argumenteren dat de Wet Openstelling Huwelijk de werking van het *renvoi* impliciet heeft verworpen door te

[32] Het arrest van 17 oktober 2002 vormt in dat opzicht de eerste expliciete bevestiging van de techniek van het *renvoi* op het gebied van personen- en familierecht: Cass. 17 oktober 2002, *R.W.* 2002-03, 1507, noot B. VOLDERS. Cfr. M. FALLON, "Une consolidation de la technique du *renvoi* par la Cour de Cassation de Belgique", *ipr.be* 2003, nr. 1, 38-43.

[33] L. COLLINS (ed.), Dicey and Morris on the conflict of laws, Volume II, 13de uitgave, Londen, Sweet&Maxwell, 2000, 671 e.v. ("rule" 68).

stellen dat "*het huwelijk, ook voor personen van hetzelfde geslacht, slechts mogelijk is wanneer door beide partijen is voldaan aan de door hun personeel statuut voorgeschreven grondvoorwaarden om een huwelijk te mogen aangaan*". Bovendien vereist de Omzendbrief van 8 mei 2003 een officieel document waaruit blijkt dat het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht mogelijk is in het land van herkomst van de kandidaat-huwenden. Betekent dit vereiste een verwerping van de techniek van *renvoi* inzake de grondvoorwaarden voor het huwelijk van personen van hetzelfde geslacht? Immers, door het *renvoi* wordt het materiële recht van het land van herkomst buiten beschouwing gelaten.

Het blijkt mijns inziens niet de bedoeling van de wetgever te zijn om een afzonderlijk *renvoi*-regime in het leven te roepen voor huwelijken van partners van hetzelfde geslacht. Indien de wetgever de techniek van het *renvoi* in deze specifieke situatie had willen uitsluiten, had de wet een uitdrukkelijke bepaling hierover moeten bevatten. Mijns inziens moet men art. 64, eerste lid B.W. in het licht van de door Cassatie aanvaarde techniek van het *renvoi* interpreteren. Concreet betekent het dat een kandidaat huwende, die zich op het *renvoi* beroept, een attest moet voorleggen waaruit blijkt dat de toepassingsvoorwaarden voor *renvoi* zich *in casu* voordoen.

2. Gelijkwaardige rechtsfiguren?

568. Een bijkomend discussiepunt in het licht van de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht in België is de vraag of het geregistreerd partnerschap, zoals gekend in sommige rechtstelsels, met het huwelijk gelijk kan worden gesteld. Deze vraag zal rijzen naar aanleiding van de huwelijksaangifte van bijvoorbeeld een Belgische vrouw en een vrouw uit een van de landen die het huwelijk voor homoseksuele paren niet kent, maar het geregistreerd partnerschap wel ingevoerd heeft.

Stricto sensu is weliswaar niet voldaan aan de voorwaarde dat de wetgeving van het land van herkomst het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht moet hebben opengesteld. Hier rijst echter de vraag of een "geregistreerd partnerschap" naar bijvoorbeeld Deens recht niet gelijkgesteld kan worden met het opengestelde huwelijk naar Belgisch recht. Op basis van de "assimilatie" van het geregistreerd partnerschap met het opengestelde huwelijk, zouden onderdanen van landen zoals Zweden, Noorwegen, Finland, IJsland of Denemarken een huwelijk met bijvoorbeeld een Belgische onderdaan van hetzelfde geslacht kunnen sluiten.

569. De "assimilatie" of aanpassingsleer is een bekende en aanvaarde techniek in het (Belgische) internationaal privaatrecht.[34] In de Belgische rechtspraak treft men inderdaad beslissingen waar de rechtbanken bewust van de toepassing van het buitenlandse recht afwijken om een bepaald resultaat te bereiken, bijvoorbeeld de homologatie van een adoptie of een scheiding van tafel en bed. Het blijkt dan ook mogelijk om, op basis van het *favor matrimonii* beginsel, het bestaan van buitenhuwelijkse samenlevingsvormen in de buitenlandse wetgeving als voldoende te beschouwen om de toegang tot het huwelijk in België toe te staan.

570. Het is echter de vraag of de bevoegde instanties, geconfronteerd met aangiftes tot huwelijk van personen wier nationale recht buitenhuwelijkse samenlevingsvormen voorzien die met het opengestelde huwelijk vergelijkbaar zijn, een beroep op de aanpassingsleer zullen wagen. Factoren die in overweging genomen moeten worden zijn onder andere de band van de situatie met de Belgische respectievelijk de buitenlandse rechtsorde (nationaliteit van de andere kandidaat huwende, gewone verblijfplaats van de partners, enzovoort), de juridische eigenschappen van het geregistreerd partnerschap in het land van herkomst van de betrokkene en, in het bijzonder, een afweging van het door de Belgische en de buitenlandse wetgeving beoogde resultaat. Als blijkt dat de gevolgen van het geregistreerd partnerschap naar buitenlands recht met die van het opengestelde huwelijk naar Belgisch recht kunnen vergeleken worden, lijkt het aannemelijk om het huwelijk toe te staan. SENAEVE stelt in dat opzicht resoluut: "*het zou toch al te absurd, willekeurig en onrechtvaardig zijn dat bijvoorbeeld een Belgische vrouw en een Deense vrouw – of een Belgische man en een Finse man – die in België met elkaar een relatie hebben, en voor hun relatie de juridische gevolgen van een huwelijk wensen, in België geen (homo)huwelijk zouden kunnen aangaan, en dit terwijl zowel het Deense recht als het Finse en thans het Belgische recht in de mogelijkheid voorziet voor een tweerelatie van hetzelfde geslacht om toe te treden tot een met het (hetero)huwelijk parallelle instelling*".[35]

3. Strijdigheid met de Belgische internationaal privaatrechtelijke openbare orde?

571. De exceptie van internationaal privaatrechtelijke openbare orde hangt als het zwaard van Damocles boven de normale toepassing van de verwijzingsregels. Zo kan bijvoorbeeld de toepassing van een bepaalde grondvoorwaarde van de nationale wet van de betrokkene(n) worden

---

[34] Cfr. J. MEEUSEN, *Nationalisme en internationalisme in het internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 220-222.

[35] P. SENAEVE, *art. cit.* noot nr. 2, 56.

geweerd wanneer ze manifest strijdig is met de Belgische internationaal privaatrechtelijke openbare orde. Hoewel dat bepaalde huwelijk volgens de vreemde wet niet mogelijk is, zal het op grond van de openbare orde in België toch kunnen gesloten worden.

Het is zeer de vraag of een ambtenaar van de burgerlijke stand of een rechtbank het huwelijk van twee personen van hetzelfde geslacht zal toelaten, indien, volgens de nationale wet van (één van de) kandidaat huwende(n), het geslachtsverschil een huwelijksvoorwaarde vormt. Een dergelijke argumentatie zou steunen op het feit dat geslachtsgebonden differentiërende bepalingen in het buitenlandse recht strijdig zijn met het gelijkheidsbeginsel, dat in België van openbare orde wordt beschouwd. Hieruit volgt dat dit buitenlandse recht op basis van de exceptie van internationaal openbare orde opzij dient te worden gezet en door het Belgische recht wordt vervangen.

4. Multipatriden, apatriden en erkende vluchtelingen

572. De klassieke internationaal privaatrechtelijke regels inzake dubbele nationaliteit of geen nationaliteit kunnen ten slotte ook van belang zijn in de zoektocht naar het toepasselijke recht.

573. Enerzijds kan de ambtenaar van de burgerlijke stand geconfronteerd worden met een kandidaat-huwende die meer dan één nationaliteit heeft. Indien de betrokkene naast een vreemde ook de Belgische nationaliteit heeft, dient men de voorrang te verlenen aan de Belgische nationaliteit van het forum. Deze oplossing vloeit uit art. 3 van het Verdrag van Den Haag van 12 april 1930, dat stelt dat bipatriden door de relevante verdragstaten "*als zijn onderdaan kunnen worden beschouwd*".[36] Deze facultatieve regel wordt door de Belgische instanties systematisch gebruikt om personen die onder andere de Belgische nationaliteit hebben, enkel als Belg te beschouwen.[37] Hieruit volgt bijvoorbeeld dat het huwelijk tussen een Nederlander en een man die zowel de Amerikaanse als de Belgische nationaliteit heeft, in België mogelijk is.

---

[36] Verdrag van Den Haag van 12 april 1930 nopens zekere vragen betreffende de wetsconflicten inzake nationaliteit, *B.S.* 13 augustus 1939, cfr. www.hcch.net.

[37] Het is op dit ogenblik echter onzeker op de in België gehanteerde oplossing voor nationaliteitsconflicten met het communautair verbod van nationaliteitsdiscriminatie in het kader van het EG-Verdrag. Het Hof van Justitie zal zich binnenkort moeten uitspreken of een systematische voorkeur aan de nationaliteit van het forum, in het nadeel van een andere EU-nationaliteit, strijdig is met de fundamentele vrijheden en het communautair verbod van nationaliteits-discriminatie. Cfr. hangende zaak C-148/02, *García Avelló/Belgische Staat*, conclusie van Advocaat Generaal Jacobs, 22 mei 2003, nog niet gepubliceerd, te raadplegen op: www.curia.eu.int.

Bij conflict tussen twee vreemde nationaliteiten, dient men zich als eerste vraag te stellen of één van de nationaliteiten die van een EU-lidstaat is. In dit geval moet de Belgische overheid aan de "Europese" nationaliteit de voorkeur geven.[38]

Ten slotte rijst de vraag naar de behandeling van bipatridie in aanwezigheid van personen die twee nationaliteiten van EU-landen of twee nationaliteiten van derde landen hebben. In deze gevallen bepaalt art. 5 van het Verdrag van Den Haag dat de betrokkene in België moet behandeld worden alsof hij/zij er slechts één had. De relevante nationaliteit is volgens het Verdrag, ofwel het land waarin de persoon zijn gewone en voornaamste verblijfplaats heeft, hetzij de nationaliteit van het land van de feitelijk nauwste binding. Het is aan de bevoegde ambtenaar om, op basis van één van deze aanknopingsfactoren, de relevante nationaliteit van de betrokkene te bepalen.

574. Voor apatriden is het uiteraard onmogelijk om hun persoonlijk statuut aan de nationaliteitswet aan te knopen. Krachtens het Verdrag van New York van 28 september 1954 worden apatriden met onderdanen van het land van hun woonplaats, of indien ze geen woonplaats hebben, met die van hun gewone verblijfplaats gelijkgesteld.[39]

575. Voor erkende vluchtelingen is de aanknoping aan de wetgeving van hun land van herkomst uiteraard misplaatst. Krachtens het Verdrag van Genève van 28 juli 1951 worden erkende vluchtelingen met onderdanen van het land van hun woonplaats of, indien ze geen woonplaats hebben, met die van hun gewone verblijfplaats gelijkgesteld.[40]

D. Toekomstig Belgisch internationaal privaatrecht?

576. In het Wetsvoorstel houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht[41] wordt in de art. 46 e.v. aandacht geschonken aan het huwelijk. In dit Wetsvoorstel dekt het begrip "huwelijk" een ruime lading,

---

[38] H.v.J., 7 juli 1992, zaak 369/90, *Micheletti/Cantabria*, *Jur.* 1992, I-4239 (aanknoping bij de "Europese" nationaliteit indien betrokkene de nationaliteit van een lidstaat en van een derde staat heeft); H.v.J., 2 oktober 1997, C-122/96, *Saldanha*, *Jur.* 1997, I-5325.

[39] Artikel 12 Verdrag van 28 september 1954 betreffende de status van staatlozen, *B.S.* 10 augustus 1960.

[40] Artikel 12 Verdrag van 28 juli 1951 betreffende de status van vluchtelingen, *B.S.* 4 oktober 1953.

[41] Wetsvoorstel houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 1225, 1. Zie ook J. ERAUW, "De codificatie van het Belgisch internationaal privaatrecht met het ontwerp van wetboek I.P.R.", *R.W.* 2001-02, 1157-1566.

die ook betrekking heeft op alle andere gelijkaardige juridische verhoudingen, wat ook de benaming mag zijn die daaraan gegeven wordt. Hierbij kan – zo wordt gesteld in de Memorie van Toelichting – gedacht worden aan het geregistreerd partnerschap in bepaalde Scandinavische landen of aan de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht in Nederland.

Opmerkelijk is dat de voorgestelde regels een bevestiging vormen van de geldende aanknopingsfactoren. De vormvereisten inzake de voltrekking van het huwelijk worden beheerst door het recht van de staat op het grondgebied waarvan het huwelijk voltrokken wordt. De traditionele regel van het *locus regit actum* blijft dan ook van toepassing.

Wat de grondvoorwaarden betreft, geldt voor elke echtgenoot het recht van de staat waarvan hij bij de voltrekking van het huwelijk de nationaliteit heeft. Ook dit is een bevestiging van de actuele regel uit art. 170 *ter* B.W. In de Toelichting bij deze bepaling wordt opgemerkt dat het niet gepast leek de bestaande regel te wijzigen en bijvoorbeeld te vervangen door een verwijzing naar de gewone gemeenschappelijke verblijfplaats na het huwelijk. Aan de basis van deze keuze lag de bekommernis om rekening te houden met de verbondenheid van de persoon met de typische waarden eigen aan het cultureel milieu waartoe hij behoort; de bekommernis om de geldigheid van een huwelijksvoltrekking in het land van herkomst te bevorderen en, vice versa, de bekommernis om de geldigheid te bevorderen van een in België voltrokken huwelijk in het land van herkomst.

577. Het is op dit ogenblik onzeker wat het legislatieve lot van dit wetsvoorstel zal zijn.[42] Door de gewijzigde omstandigheden naar aanleiding van de openstelling van het huwelijk in het Belgische recht lijkt het aangewezen om in ieder geval het debat over de internationaal-rechtelijke omkadering van het opengestelde huwelijk te heropenen.

§ 3. GEVOLGEN VAN HET HUWELIJK IN HET BUITENLAND: TWEERICHTINGSVERKEER

578. Wat zijn de gevolgen van het huwelijk van twee personen van gelijk geslacht buiten de grenzen van het land van huwelijkssluiting? Vanuit

[42] Door de ontbinding van de Senaat zonder afhandeling van dit wetsvoorstel, is het van rechtswege vervallen. Op 7 juli 2003 is een nieuw wetsvoorstel houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht ingediend, *Parl. St.* Senaat B.Z. 2003, nr. 3-27.

Belgisch perspectief kan deze vraag inderdaad in twee richtingen worden beantwoord.

A. Huwelijken aangegaan in het buitenland

579. Partners van gelijk geslacht kunnen sinds 2001 in Nederland een huwelijk sluiten. De vraag rijst of een in Nederland aangegaan huwelijk in België erkend zal worden. De erkenningsvoorwaarden van in het buitenland aangegane huwelijken zijn opgenomen in de art. 170 B.W. (vormvoorwaarden) en 170 ter B.W. (grondvoorwaarden). Wat de grondvoorwaarden betreft, is de regel dat deze huwelijken in België worden erkend voor zover de contracterende partijen hebben voldaan aan de vereiste die – op straffe van nietigheid – worden voorgeschreven door hun personeel statuut (in principe hun nationale wet) om een huwelijk te mogen aangaan.

Hieruit volgt enerzijds dat de Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand het huwelijk tussen twee Nederlanders van hetzelfde geslacht dat vóór de inwerkingtreding van de Wet Openstelling Huwelijk plaatsvond, in de registers van de burgerlijke stand moet overschrijven. Anderzijds is het vóór juni 2003 in Nederland gesloten huwelijk tussen twee mannen of twee vrouwen van wie ten minste één de Belgische nationaliteit heeft, in België vatbaar voor nietigverklaring.[43] Dit volgt uit de (impliciete) huwelijksvoorwaarde van ongelijkheid van geslacht dat tot juni 2003 in het Belgische recht gold. Uiteraard is het verwonderlijk dat het huwelijk wegens inbreuk op het Belgische recht nietig wordt verklaard op het tijdstip dat ook het Belgische recht het huwelijk voor partners van gelijk geslacht heeft opengesteld. Juridisch-technisch is het echter onmogelijk om het huwelijk van Belgische partners van gelijk geslacht, dat in het buitenland (lees Nederland) vóór juni 2003 werd voltrokken, in België te erkennen. Wel komen de echtgenoten in aanmerking voor de beschermende regeling van het putatief huwelijk op voorwaarde dat beide echtgenoten of tenminste één van beide ter goede trouw geloofde dat een geldig huwelijk werd aangegaan.[44]

---

[43] Dit impliceert uiteraard dat de Belgische rechtbanken internationaal bevoegd zijn om van de vordering tot nietigverklaring kennis te nemen. Deze vraag heb ik elders onderzocht: cfr. M. PERTEGÁS SENDER, "Europeanisering van het internationaal procesrecht inzake familiale geschillen: de verordening 1347/2000 (Brussel II) en wat volgt…", *in* M.-C. FOBLETS, J. MEEUSEN en D. VANHEULE, (eds.), *Migratie en migrantenrecht* 2002-03, Brugge, Die Keure, ter perse.

[44] A. HEYVAERT, *o.c.* noot nr. 28, 152.

B. Huwelijken aangegaan in België

580. Uiteraard is het niet aan het recht van de plaats van huwelijkssluiting om regels te stellen met betrekking tot erkenning in het buitenland van "lokale" huwelijken. Het is immers aan het land van erkenning om te beslissen welke huwelijken in dat land zullen worden erkend, en welke rechtsgevolgen aan deze erkenning zullen worden verbonden. In het algemeen zal men niet bestrijden dat het opengestelde huwelijk een huwelijk is. Het blijft twijfelachtig of de lokale orde bereid zal zijn om deze verschijningsvorm van het huwelijk te erkennen. Het is aannemelijk dat in een aantal landen een in België gesloten huwelijk tussen twee personen van hetzelfde geslacht met een beroep op de openbare orde van erkenning verstoken zal blijven.[45] In België voltrokken huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht kunnen in deze gevallen aan de basis liggen van "hinkende rechtsverhoudingen", met asymmetrische gevolgen in verschillende rechtsordes.

581. Het lot van in België gesloten huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht zal verbeteren naarmate buitenlandse wetgevingen evolueren naar meer progressieve opvattingen over de draagwijdte van het rechtsinstituut huwelijk. Het is in ieder geval van belang dat de ambtenaar van de burgerlijke stand kandidaat-huwenden met toekomstplannen buiten België, wijst op de mogelijke niet-erkenning in het buitenland van hun huwelijk. De betrokkenen kunnen desgevallend maatregelen treffen om bijvoorbeeld hun vermogensrechtelijke situatie te regelen.

---

[45] Cfr., per analogie, advies van de Nederlandse Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht inzake het internationaal privaatrecht in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht, december 2001, 4-5, raadpleegbaar op www.minjust.nl.

HOOFDSTUK VI.
BESLUIT

582. De Wet Openstelling Huwelijk biedt een mooi voorbeeld van de rechtsrelativiteit zowel in de tijd als in de ruimte.

Het rechtsinstituut huwelijk is beladen met culturele opvattingen die in de loop van de eeuwen zijn ontwikkeld en aangepast.[46] In dit opzicht betekent de Wet Openstelling Huwelijk een belangrijke innovatie voor het instituut huwelijk naar Belgisch recht: het huwelijk van homoseksuele partners vormt thans een nieuw facet daarvan.

Geplaatst in de internationale context is het opengestelde huwelijk in het Belgische recht nog steeds een "buitenbeentje". Hierdoor rijst de vraag naar de draagwijdte van de Wet Openstelling Huwelijk enerzijds, en naar de gevolgen van in België voltrokken huwelijken in het buitenland, anderzijds. Uit deze bijdrage blijkt dat de toepasselijkheid van de wet in internationale gevallen hoofdzakelijk doch niet uitsluitend door de nationaliteit van de kandidaat-huwende wordt bepaald. In sommige hypotheses is het mogelijk dat onderdanen van landen waar het huwelijk van homoseksuele paren niet toelaatbaar is, in België een huwelijk kunnen aangaan. België dient echter niet te vrezen voor "huwelijkstoerisme"... Afwijkingen van het toepasselijke recht lijken slechts mogelijk in uitzonderlijke gevallen, zoals hierboven beschreven. Bovendien zal voor potentiële kandidaat-huwenden van andere nationaliteiten het risico van niet-erkenning in hun land van herkomst een te hoge drempel vormen om een huwelijk in België aan te gaan…

[46] Vgl. met A. HEYVAERT, "Gehuwd? Och ja, inderdaad die wonen samen. De vervanging van het huwelijk door de samenwoning als scharnier van het gezinsrecht", *in Liber Amicorum Roger Dillemans*, Deel I, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 159-162.

DEEL VII
DE WET VAN 21 FEBRUARI 2003 TOT OPRICHTING VAN EEN DIENST VOOR ALIMENTATIEVORDERINGEN

TOM ROBERT[1]

Assistent UA

[1] Tom.Robert@ua.ac.be

HOOFDSTUK I.
INLEIDING

§ 1. SITUERING

583. Elke schuldenaar van een onderhoudsverplichting is ertoe gehouden de staat van behoeftigheid van de onderhoudsgerechtigde te verhelpen. De onderhoudsgerechtigde is behoeftig als hij niet in staat is om in het eigen levensonderhoud te voorzien. Soms bestaat de behoeftigheid louter in de onmogelijkheid om (op eigen kracht) de levensstandaard van de onderhoudsplichtige te benaderen.

584. De onderhoudsverplichting is principieel gebaseerd op de familiale solidariteit[2], die – voorlopig nog – een pijler vormt van onze maatschappelijke orde[3]. De (naaste) familie wordt nog steeds beschouwd als de eerste instantie die garant staat voor de bestaanszekerheid van het individu. De maatschappelijke hulpverlening is louter subsidiair.[4] Ze fungeert als vangnet ingeval de familiale solidariteit disfunctioneert.

585. Het is op basis van deze vaststellingen dat men aan de onderhoudsverplichting vaak een karakter van openbare orde toekent[5]. Vanaf het ogenblik dat (bepaalde) onderhoudsverplichtingen in een rechterlijke beslissing of een overeenkomst – bijvoorbeeld die bedoeld in art. 1287-1288 Ger. W. – worden geconcretiseerd, raken zij onbetwistbaar de openbare orde. De niet-betaling ervan, is immers onder bepaalde voorwaarden strafbaar wegens verlating van familie[6].

---

2 J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, Antwerpen, Kluwer, 1994, nr. 3 en I. ANNÉ, "De voorschotten op onderhoudsgelden verstrekt door het O.C.M.W. (Wet van 8 mei 1989) en de voorstellen tot oprichting van een alimentatiefonds" in P. SENAEVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, nr. 544.

3 Waarmee niet is gezegd dat de familiale solidariteit niet steeds meer onder druk komt te staan door de toenemende individualisering en de groeiende staatstussenkomst in (oorspronkelijk) familiale verhoudingen.

4 J. GERLO, *o.c.*, nr. 5.

5 J. GERLO, *o.c.*, nr. 33. "*Dat de gemeenrechtelijke onderhoudsverplichting van dwingend recht is, staat buiten kijf*": *ibidem* nr. 34. Zie ook Wetsvoorstel betreffende de regeling van alimentatievorderingen door toedoen van een Rijksbureau voor alimentatievorderingen, *Parl. St.* Senaat 1974-75, nr. 433/1, 1-2; Wetsvoorstel betreffende de invordering van alimentatievorderingen, *Parl. St.* Kamer 2000-01, nr. 1166/001, 5 (waarvan de tekst gelijk is aan het Wetsvoorstel betreffende de invordering van alimentatievorderingen, *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-659/1) en het Wetsvoorstel tot oprichting bij het Ministerie van Financiën van een begrotingsfonds voor alimentatievorderingen, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1627/001, 4.

6 Artikel 391*bis* Sw.

586. Als het op de daadwerkelijke betaling van het onderhoudsgeld aankomt, biedt deze strafbaarstelling de onderhoudsgerechtigde niet altijd soelaas. Door de indiening van een klacht wegens familieverlating en de eventueel daaropvolgende veroordeling van de onderhoudsplichtige, ontstaat het risico dat deze laatste nog minder bereid of in staat zal zijn de onderhoudsuitkering te betalen. Ook emotioneel ligt de indiening van een klacht wegens familieverlating vaak moeilijk.[7]

587. Ook de gemeenrechtelijke technieken van gedwongen tenuitvoerlegging, worden als onaangepast ervaren. Ze zouden te duur, te traag en te ingewikkeld zijn en niet altijd tot het gewenste resultaat leiden.[8] Gelet op de aard van de onderhoudsverplichting, worden deze belemmeringen – die de gedwongen tenuitvoerlegging *in se* betreffen – inzake onderhoudsuitkeringen reeds decennia als bijzonder problematisch beschouwd.

§ 2. ART. 68*BIS* TOT 68*QUATER* O.C.M.W.-WET

588. Het voorgaande heeft de wetgever ertoe aangezet in te grijpen. Reeds in 1974 werd een eerste voorstel in de Senaat ingediend om de situatie van de niet- of onregelmatig betaalde onderhoudsgerechtigde te verbeteren. Pas in 1989 kwam het tot nieuwe wetgeving. De Wet van 8 mei 1989[9] voorziet in een systeem van voorschotten, te betalen door de O.C.M.W.'s ten voordele van onderhoudsgerechtigde kinderen die gedurende twee termijnen geen onderhoudsgeld hebben ontvangen. De jaarlijkse bestaansmiddelen van het kind en de niet-onderhoudsplichtige ouder mogen evenwel een bepaalde maximumgrens niet overschrijden. Vervolgens gaat het bevoegde O.C.M.W. over tot de invordering van het onderhoudsgeld verschuldigd door de onderhoudsplichtige. Aldus worden de ongemakken van een gedwongen tenuitvoerlegging en het risico van niet-betaling (gedeeltelijk) op de gemeenschap overgedragen. Tegelijkertijd vermijdt men de deresponsabilisering van de onderhoudsplichtige.[10] Het O.C.M.W. vormt

---

7 Verslag namens de commissie voor de financiën en de begroting uitgebracht door de heer Éric van Weddingen (hierna: "Verslag"), *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 10.

8 Cf. Wetsvoorstel betreffende de invordering van alimentatievorderingen, *Parl. St.* Kamer 2000-01, nr. 1166/001, 4; Wetsvoorstel tot oprichting bij het Ministerie van Financiën van een begrotingsfonds voor alimentatievorderingen, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1627/001, 5; Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 9 en 11; I. ANNÉ, *l.c.*, nr. 543.

9 Wet 8 mei 1989 tot wijziging van de organieke Wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn wat het verlenen van voorschotten op en het invorderen van onderhoudsgelden betreft, *B.S.* 1 juni 1989. Deze wet voerde art. 68*bis* tot 68*quater* in de organieke Wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (hierna: "O.C.M.W.-wet") in.

10 I. ANNÉ, *l.c.*, nrs. 547, 558 en 559.

tevens een neutrale (psychologische) buffer tussen de conflicterende partijen, wat een ontmijnend effect kan hebben.[11]

589. Vanaf haar ontstaan, is deze regeling voortdurend aan kritiek onderhevig geweest. Door haar toepassingsgebied te beperken tot de onderhoudsuitkeringen voor kinderen en de instelling van een bestaansmiddelengrens, zouden te weinig onderhoudsgerechtigden er een beroep op kunnen doen. Ook wordt het bedrag van de voorschotten te laag bevonden.[12] Daarnaast wordt de keuze voor het O.C.M.W. als tegemoetkomende instantie als ongelukkig beschouwd. De onderhoudsgerechtigden zouden drempelvrees hebben om bij het O.C.M.W. aan te kloppen, aangezien deze instelling traditioneel wordt geassocieerd met bijstand en armoede. Een beroep op zijn diensten zou als vernederend en stigmatiserend worden ervaren.[13]

§ 3. EEN NIEUWE REGELING VANAF 1 SEPTEMBER 2004

590. Teneinde de gebreken van de O.C.M.W.-regeling te verhelpen, werden tijdens de vorige legislatuur wederom heel wat voorstellen in Kamer en Senaat ingediend. Een aantal initiatieven voorzag in de verbetering en uitbreiding van de bestaande voorschottenregeling.[14] Andere initiatieven

---

11 Cf. Wetsvoorstel tot oprichting bij het Ministerie van Financiën van een begrotingsfonds voor alimentatievorderingen, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1627/001, 9; Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 12.

12 Wetsvoorstel tot oprichting en organisatie, bij het ministerie van Justitie, van een Fonds voor alimentatievorderingen, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, B.Z., nr. 19/1, 2; Wetsvoorstel tot oprichting bij het Ministerie van Financiën van een begrotingsfonds voor alimentatievorderingen, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1627/001, 6. Aanvankelijk bedroeg het voorschot 2.000 BEF per maand. Thans is dit 125 EUR per maand (art. 1 K.B. 14 augustus 1989 tot uitvoering van artikel 68*bis*, § 4, van de organieke Wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn).

13 Wetsvoorstel tot oprichting en organisatie, bij het ministerie van Justitie, van een Fonds voor alimentatievorderingen, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, B.Z., nr. 19/1, 2; I. ANNÉ, *l.c.*, nr. 612.

14 Wetsvoorstel tot wijziging van de voorschotten op en invordering van onderhoudsgelden georganiseerd bij de organieke Wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 264/001; Wetsvoorstel tot wijziging van de organieke OCMW-wet, inzake de voorschotten op en de invordering van onderhoudsgelden, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 460/001; Wetsvoorstel tot wijziging van de organieke OCMW-wet, wat de regeling van de voorschotten op en de invordering van onderhoudsgelden betreft, *Parl. St.* Kamer 2000-01, nr. 1333/001. Enkele voorstellen grepen louter in op het gemene recht (Wetsvoorstel houdende invoeging van een artikel 666*bis* in het Gerechtelijk Wetboek, ten einde rechtsbijstand te verlenen aan personen die recht hebben op een onderhoudsuitkering voor een kind, *Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-158; Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Gerechtelijk Wetboek wat de ontvangstmachtiging aan onderhoudsgerechtigden betreft, *Parl. St.* Kamer 2000-01, nr. 1217/001) of het

beoogden heel de voorschottenregeling te onttrekken aan de maatschappelijke dienstverlening en onder te brengen bij een nieuw op te richten Fonds[15] of Rijksbureau[16] voor alimentatievorderingen. Eén voorstel voorzag in een procedure waarvan de uitvoering volledig werd toevertrouwd aan de administratie van het Kadaster, de Registratie en Domeinen.[17] Daarnaast werden ook compromisvoorstellen geformuleerd. De O.C.M.W.'s zouden blijven instaan voor de "eerstelijnsbehandeling" van de aanvraag tot het bekomen van voorschotten, terwijl een Fonds voor alimentatievorderingen zou instaan voor het betalen van de voorschotten en de invordering van de onderhoudsgelden.[18] Dergelijk compromis zou de nabijheid van de O.C.M.W.'s combineren met de slagkracht van de FOD Financiën[19]. De Koning zou de mogelijkheid krijgen om de FOD Financiën voor de gehele regeling bevoegd te maken. Eventueel zou in een overgangsperiode worden voorzien.[20]

591. Met de Wet van 21 februari 2003[21] heeft de wetgever uiteindelijk gekozen voor een geïntegreerde oplossing. Eén centrale dienst bij de FOD Financiën staat vanaf 1 september 2004 zonder overgangsperiode in zowel voor de ontvangst en behandeling van de aanvraag tot tegemoetkoming, als voor de betaling van de voorschotten en de inning en invordering van de onderhoudsgelden.[22]

---

strafrecht (Wetsvoorstel tot wijziging van artikel 391*bis* van het Strafwetboek, *Parl. St.* Kamer 2000-01, nr. 1218/001).

15 Naar analogie van het Fonds tot hulp aan de slachtoffers van opzettelijke gewelddaden; Wetsvoorstel tot oprichting en organisatie, bij het ministerie van Justitie, van een Fonds voor alimentatievorderingen, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, B.Z., nr. 19/1; Wetsvoorstel tot oprichting van een Fonds voor alimentatievorderingen, *Parl. St.* Kamer 2000-01, nr. 1047/001.

16 Op te richten bij de Rijksdienst voor kinderbijslag voor werknemers; Wetsvoorstel tot regeling van alimentatievorderingen door bemiddeling van een Rijksbureau voor alimentatievorderingen, *Parl. St.* Senaat 1999-2000, B.Z., nr. 2-64/1.

17 Wetsvoorstel betreffende de invordering van alimentatievorderingen, *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-659/1 (waarvan de tekst gelijk is aan het later ingediende Wetsvoorstel betreffende de invordering van alimentatievorderingen, *Parl. St.* Kamer 2000-01, nr. 1166/001).

18 Wetsvoorstel tot oprichting bij het Ministerie van Financiën van een begrotingsfonds voor alimentatievorderingen, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1627/001 en amendement nr. 111 (document nr. 1627/009). In amendement nr. 112 (document nr. 1627/012) bleef het O.C.M.W. bevoegd om de voorschotten uit te betalen en werd enkel de invorderingsopdracht aan de dienst "Domeinen" toevertrouwd.

19 Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 10 en 127.

20 Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 120, 130, 135-137 en 143.

21 Wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor alimentatievorderingen bij de FOD Financiën, *B.S.* 28 maart 2003, *err.*, *B.S.* 17 april 2003 (hierna: "Wet Dienst Alimentatievorderingen").

22 Deze opdrachten komen toe aan de dienst van de FOD Financiën die bevoegd is voor de niet-fiscale invorderingen (art. 2, 2° Wet Dienst Alimentatievorderingen). In afwachting van de hervorming van de overheidsdienst Financiën ten gevolge van de Copernicushervorming ("Coperfin"), is dit de Administratie van het kadaster, de registratie en de domeinen.

Aanvankelijk diende de nieuwe regeling in werking te treden op 1 september 2003. Men vreesde echter dat ze niet op tijd van start zou kunnen gaan door een gebrek aan voldoende (deskundig) personeel, middelen en faciliteiten. Daarom werd een bepaling opgenomen in de Programmawet van 5 augustus 2003[23] die de toepassing van de wet met één jaar uitstelt.
Wellicht uit vergetelheid werd de inwerkingtreding van de Wet van 17 maart 2003 houdende wijziging van de artikelen 628 en 1395 van het Gerechtelijk Wetboek naar aanleiding van de Wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor alimentatievorderingen bij de FOD Financiën[24], niet uitgesteld. De bepalingen van deze wet zijn – hoewel in werking getreden – (nog) niet operationeel.
Aan de O.C.M.W.'s komt geen rechtstreekse bevoegdheid meer toe; de art. 68*bis* tot 68*quater* O.C.M.W.-wet – en hun uitvoeringsbesluiten[25] – worden opgeheven[26].

---

23 *B.S.* 7 augustus 2003, in het bijzonder art. 19, p. 40502. Dit artikel wijzigt art. 31 van de Wet Dienst Alimentatievorderingen.

24 *B.S.* 28 maart 2003, in werking getreden op 1 september 2003.

25 Met name K.B. 14 augustus 1989 tot uitvoering van artikel 68*bis*, § 4, van de organieke Wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, *B.S.* 26 augustus 1989, K.B. 22 augustus 1989 betreffende de voorschotten op en invordering van onderhoudsgelden verschuldigd aan kinderen, *B.S.* 26 augustus 1989, K.B. 22 augustus 1989 tot regeling van de Staatstussenkomst inzake voorschotten op en invordering van onderhoudsgelden, *B.S.* 26 augustus 1989 en K.B. 14 augustus 1989 tot vaststelling van het bedrag van het voorschot op de Staatstussenkomst inzake voorschotten op onderhoudsgelden, *B.S.* 26 augustus 1989.

26 Artikel 30 Wet Dienst Alimentatievorderingen.

HOOFDSTUK II.
DE WET VAN 21 FEBRUARI 2003 TOT OPRICHTING VAN EEN DIENST VOOR ALIMENTATIEVORDERINGEN BIJ DE FOD FINANCIËN

592. Om reden van consistentie was het verkieslijker geweest de term "onderhoudsvorderingen" te gebruiken in plaats van "alimentatievorderingen". In de Wet Dienst Alimentatievorderingen wordt immers tegelijkertijd de term "onderhoudsgeld" gehanteerd. Bovendien is het begrip "onderhoudsgeld" duidelijker dan het begrip "alimentatie".

§ 1. TOEPASSINGSGEBIED

A. Onderhoudsgeld verschuldigd aan de kinderen, tussen echtgenoten of tussen samenwonenden

593. Om onder het toepassingsgebied van de Wet Dienst Alimentatievorderingen te vallen, is vereist dat het gaat om een onderhoudsgeld verschuldigd aan de kinderen, tussen echtgenoten of tussen samenwonenden[27].

1. Aan de kinderen

594. Bij gebreke van enige verduidelijking, zijn *de kinderen* principieel de personen met wie de onderhoudsplichtige een afstammingsband in eerste graad in de rechte nederdalende lijn heeft.[28] Aldus geïnterpreteerd is de wet niet van toepassing op onderhoudsgelden verschuldigd door personen die geen juridische ouder van de kinderen zijn, met name de grootouders en schoonouders, de man bedoeld in art. 336 B.W.[29], de pleegvoogd en de (langstlevende) echtgenoot of de – wettelijke of feitelijke – partner[30] van de juridische ouder.

---

[27] Artikel 2, 1°, a-b Wet Dienst Alimentatievorderingen.

[28] De onderhoudsverplichting kan gebaseerd zijn op een oorspronkelijke, dan wel een adoptieve afstammingsband (respectievelijk art. 203 B.W. en het nieuwe art. 353-14 B.W., zoals het ingevoerd zal worden door de Wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie, *B.S.* 16 mei 2003).

[29] Dit is de man die gedurende de conceptieperiode gemeenschap heeft gehad met de moeder van het onderhoudsgerechtigde kind.

[30] In de context van deze bijdrage, wordt met het begrip "partner" niet noodzakelijk een seksueel-affectieve gezel bedoeld.

595. Nochtans is een ruimere – Grondwetsconforme – interpretatie van de wet aangewezen. Het Arbitragehof heeft het huidige art. 68*bis*, § 2, 2° O.C.M.W.-wet immers discriminatoir bevonden, doordat het recht op voorschotten op onderhoudsgelden wordt beperkt tot de gevallen waarin de nalatige onderhoudsplichtige de vader, de moeder of de in art. 336 B.W. bedoelde man is, zelfs wanneer buiten die gevallen de onderhoudsaanspraak van het kind bij een uitvoerbare beslissing is vastgesteld.[31] Het Hof merkte op dat de uitbreiding van de regeling tot de man bedoeld in art. 336 B.W. tot doel had de gelijkheid van alle onderhoudgerechtigde kinderen te waarborgen. Deze doelstelling werd volgens het Hof niet bereikt, aangezien bijvoorbeeld ook de grootouders, bij verzuim van de ouders, tot een onderhoudsuitkering kunnen worden veroordeeld (B.2.3.).
In casu ging de prejudiciële vraag uit van de arbeidsrechtbank te Dendermonde. Die diende zich uit te spreken over een beroep tegen de weigering van het O.C.M.W. om voorschotten te betalen op de onderhoudsuitkering waartoe de lesbische ex-feitelijke partner van de moeder van het onderhoudsgerechtigde kind door de vrederechter was veroordeeld.
Bovendien zou een strikte interpretatie van de wet, die onder andere tot doel heeft het toepassingsgebied van de bestaande voorschottenregeling uit te breiden, tot het eigenaardige gevolg leiden dat het onderhoudsgerechtigde kind volgens de nieuwe regeling geen voorschotten kan bekomen op het onderhoudsgeld verschuldigd door de man bedoeld in art. 336 B.W., terwijl deze mogelijkheid in de huidige O.C.M.W.-regeling uitdrukkelijk wordt voorzien.[32]
Gelet op de bedoeling van de wetgever en op de rechtspraak van het Arbitragehof, mogen mijns inziens geen vereisten worden gesteld betreffende de hoedanigheid van de onderhoudsplichtige en de juridische grondslag van de onderhoudsverplichting.

596. Volgens de letter van de wet moet het onderhoudsgeld verschuldigd zijn *aan* de kinderen, niet louter *voor* de kinderen. Zo wordt het onderhoudsgeld verschuldigd door de echtgenoot of de partner van de juridische ouder en dat bedoeld is als bijdrage in het onderhoud van diens kinderen, doorgaans toegekend *aan* de ouder, *voor* de kinderen.

---

[31] Arbitragehof nr. 48/2002, 13 maart 2002, http://www.arbitrage.be. Cf. Wetsvoorstel tot wijziging van artikel 68*bis*, § 2, eerste lid, 2° van de organieke Wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, teneinde het door het Arbitragehof als discriminerend aangemerkte karakter van de voorschotten op de uitkeringen tot onderhoud weg te werken, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 2026/001.

[32] Art. 68*bis*, § 2, 2° O.C.M.W.-wet.

Ook in het vonnis van de vrederechter[33] waarvan sprake in het hierboven aangehaalde arrest van het Arbitragehof, werd het onderhoudsgeld toegekend *aan* de juridische moeder, *voor* (het onderhoud van) haar kinderen. Niettemin spitste het Hof zijn oordeel toe op de gevallen waarin er sprake is van een "*onderhoudsaanspraak van het kind*". Hieruit kan echter niet met zekerheid worden afgeleid dat het Hof van mening is dat er geen relevant verschil bestaat tussen onderhoudsgelden verschuldigd *aan* en *voor* kinderen. Ook de prejudiciële vraag vertrok immers van de hypothese dat het onderhoudsgeld *aan* de kinderen was verschuldigd.
Een enge interpretatie van de wet zou echter tot gevolg hebben dat ook het onderhoudsgeld verschuldigd op grond van de *contributio*-verhouding tussen de ouders van het kind[34] uitgesloten is van het toepassingsgebied ervan. Dit onderhoudsgeld wordt eveneens doorgaans toegekend *aan* de ouder – die in eigen naam optreedt – *voor* het onderhoud van de kinderen.[35] Er is nochtans geen enkele gegronde reden om deze onderhoudsgelden te onttrekken aan het toepassingsgebied van de wet. Trouwens, ook de overeenkomst bedoeld in art. 1288, eerste lid, 3° Ger. W. (*infra* nr. 607 e.v.) betreft de *bijdrage* van de ene ouder aan de andere ouder – niet aan de kinderen – in het onderhoud van de kinderen. Nochtans gaat het hier volgens de wet om een onderhoudsgeld verschuldigd *aan* de kinderen.

597. Het vereiste dat het onderhoudsgerechtigde kind ofwel minderjarig, ofwel jonger dan 25 jaar en rechtgevend op kinderbijslag moet zijn, wordt niet meer uitdrukkelijk gesteld.[36] Bijgevolg is de wet principieel van toepassing op het onderhoudsgeld verschuldigd op grond van art. 205 B.W. *juncto* art. 207 B.W.[37]

598. Onderhoudsgeld verschuldigd *door* de kinderen aan de ouders of de grootouders of schoonouders, valt niet onder het toepassingsgebied van de wet.

2. Tussen echtgenoten of tussen samenwonenden

599. Een grote vernieuwing die de wet doorvoert, is dat men ook voor het onderhoudsgeld verschuldigd tussen (gewezen) echtgenoten of (gewezen)

---

33 Vred. Beveren 7 april 1998, *J.L.M.B.* 2002, 801, *Act. dr.* 2001, 363, noot E. LANGENAKEN.

34 Artikel 203*bis* B.W.

35 De onderhoudsbijdrage wordt in handen van de eisende ouder betaald (Cass. 9 december 1993, *Arr. Cass.* 1993, 1034).

36 Cf. art. 68*bis*, § 2, 1° O.C.M.W.-wet.

37 Cf. Wetsvoorstel tot oprichting bij het Ministerie van Financiën van een begrotingsfonds voor alimentatievorderingen, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1627/001, 18, waarin uitdrukkelijk wordt verwezen naar art. 207 B.W.

samenwonenden de tegemoetkoming van de Dienst kan aanvragen. De O.C.M.W.-regeling heeft steeds voorzien in de mogelijkheid voor de Koning om het voordeel van de voorschottenregeling uit te breiden tot de echtgenoot of gewezen echtgenoot[38], maar de Koning heeft nog niet van deze bevoegdheid gebruik gemaakt.

600. In het oorspronkelijke wetsvoorstel werd de regeling beperkt tot de onderhoudsgelden verschuldigd tussen echtgenoten.[39] Uiteindelijk werd ze uitgebreid tot de samenwonenden. De wet vereist niet dat de samenwonenden een verklaring van wettelijke samenwoning hebben afgelegd. De regeling is principieel ook van toepassing op het onderhoudsgeld verschuldigd tussen feitelijk samenwonenden[40], op voorwaarde dat deze verplichting werd vastgesteld bij een uitvoerbare gerechtelijke beslissing (*infra* nr. 605-606).

601. Met onderhoudsgeld verschuldigd *tussen* de echtgenoten of samenwonenden, wordt op de eerste plaats bedoeld het onderhoudsgeld verschuldigd *aan* de echtgenoot of partner, *voor* diens persoonlijke onderhoud. In een ruime interpretatie, kan daarnaast ook het onderhoudsgeld verschuldigd *aan* de echtgenoot of partner, *voor* het onderhoud van diens kinderen, worden beschouwd als onderhoudsgeld verschuldigd *tussen* de echtgenoten of samenwonenden. Aldus zou dit onderhoudsgeld toch nog onder het toepassingsgebied van de wet vallen, mocht men van mening zijn dat een dergelijk onderhoudsgeld niet onder de hypothese van art. 2, 1°, a Wet Dienst Alimentatievorderingen kan worden ondergebracht. Deze redenering zou echter geen oplossing bieden voor het onderhoudsgeld verschuldigd op grond van art. 203*bis* B.W. indien de ouders niet samenwonen of hebben samengewoond.

602. Aangezien het onderhoudsgeld tussen *echtgenoten* verschuldigd moet zijn en dus ook in hoofde van de onderhoudsplichtige duidelijk een vereiste wordt gesteld, is de wet niet van toepassing op onderhoudsverplichtingen ten laste van nalatenschappen[41].

603. Of het onderhoudsgeld verschuldigd is aan de kinderen of tussen de echtgenoten of samenwonenden, is bepalend voor het antwoord op de

---

38 Art. 68*bis*, § 3 O.C.M.W.-wet.

39 Wetsvoorstel tot oprichting bij het Ministerie van Financiën van een begrotingsfonds voor alimentatievorderingen, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1627/001, 18.

40 Bijvoorbeeld op basis van een overeenkomst of door de omzetting van een natuurlijke verbintenis in een rechtsverbintenis (door de vrijwillige uitvoering of de belofte tot uitvoering ervan).

41 Artikelen 205*bis* en 301, § 6 B.W.

vraag of de onderhoudsgerechtigde zijn woonplaats of gewone verblijfplaats in België heeft (*infra* nr. 627 e.v.).

B. Vastgesteld hetzij door een uitvoerbare gerechtelijke beslissing, hetzij in de overeenkomst voorafgaand aan de echtscheiding of scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming, hetzij in een uitvoerbare minnelijke schikking (art. 2, 1°, a-b Wet Dienst Alimentatievorderingen)

604. Voorschotten op onderhoudsgeld zijn voorts slechts mogelijk indien het werd vastgesteld hetzij door een uitvoerbare gerechtelijke beslissing, hetzij in de overeenkomst voorafgaand aan de echtscheiding of scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming, hetzij in een uitvoerbare minnelijke schikking.[42]

605. Voor de *gerechtelijke beslissing* gelden geen bijzondere vereisten, behalve dat ze uitvoerbaar moet zijn.[43] Bijgevolg komen onder andere de volgende beslissingen principieel in aanmerking:

- een veroordeling door de vrederechter in het raam van een onderhoudsprocedure;
- een veroordeling door de vrederechter in het raam van een procedure dringende voorlopige maatregelen tussen echtgenoten of tussen wettelijk samenwonenden;
- een voorlopige maatregel opgelegd door de voorzitter of een door de rechtbank in een akkoordvonnis bekrachtigde overeenkomst in het raam van een procedure tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed;
- een beslissing van de rechtbank in het raam van een echtscheidingsprocedure over het onderhoudsgeld verschuldigd aan de gewezen echtgenoot na echtscheiding[44] en/of over de uitoefening van het ouderlijk gezag en wegens samenhang ook over het onderhoudsgeld voor of aan het kind na echtscheiding;

---

42 Artikel 2, 1°, a-b Wet Dienst Alimentatievorderingen.

43 De beslissing moet met andere woorden kracht van gewijsde hebben, dit is niet meer vatbaar zijn voor gewone rechtsmiddelen (verzet of hoger beroep). Cassatieberoep tegen een arrest waarbij de echtscheiding wordt uitgesproken, schorst echter de tenuitvoerlegging (art. 1274, tweede lid en 1302, derde lid Ger.W.). De beslissing kan ook van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad zijn of door de rechter uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

44 In het oorspronkelijke Wetsvoorstel was de regeling, wat de verhouding tussen de echtgenoten betreft, hiertoe beperkt (Wetsvoorstel tot oprichting bij het Ministerie van Financiën van een begrotingsfonds voor alimentatievorderingen, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1627/001, 12 en 18).

– een beslissing uitgesproken door de jeugdrechtbank in het raam van een jeugdbeschermingsprocedure;[45]
– een akkoordvonnis[46], eventueel uitgesproken in het raam van een proceduregebonden bemiddeling in familiezaken[47], is eveneens een gerechtelijke beslissing. Tegen een akkoordvonnis staat in beginsel geen voorziening open en het vonnis verstrekt de partijen een uitvoerbare titel.

606. Het is geen beletsel dat de beslissing in het buitenland is gewezen.[48] Als de Belgische wetgever zonder verdere toevoeging bepaalt dat de gerechtelijke beslissing uitvoerbaar moet zijn, dient de beslissing uitvoerbaar te zijn in de betekenis die het Belgische recht toekent aan het begrip "uitvoerbaar".
Gerechtelijke beslissingen inzake onderhoudsgelden gewezen door buitenlandse rechters zijn naar Belgisch recht slechts uitvoerbaar indien ze door een Belgische rechter uitvoerbaar werden verklaard (*exequatur*). Gaat het om een gerechtelijke beslissing gewezen buiten de Europese Unie, dan dient de uitvoerbaarverklaring geheel volgens art. 570 Ger. W. te geschieden. Werd de beslissing door een rechter van een lidstaat van de Europese Unie – behalve Denemarken – gewezen, dan is Verordening nr. 44/2001 van toepassing.[49] De uitvoerbaarverklaring gebeurt dan *quasi* automatisch[50] en kan enkel na de aanwending van een rechtsmiddel worden geweigerd om de redenen die limitatief zijn opgesomd in art. 34 en art. 35 van de Verordening.

607. Om voorschotten te verkrijgen op onderhoudsgelden die werden vastgesteld in een *overeenkomst* in de zin van art. 1288, eerste lid, 3° of 4° Ger.W., is voortaan niet meer vereist dat de echtscheiding of scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming werd overgeschreven in de

---

45 P. SENAEVE en D. SIMOENS, *O.C.M.W.-dienstverlening en bestaansminimum. Praktische handleiding inzake de individuele maatschappelijke dienstverlening*, Brugge, Die Keure, 1995, nr. 340. De auteurs merken terecht op dat de gerechtelijke beslissingen die een onderhoudsuitkering opleggen, in de praktijk doorgaans uitvoerbaar zijn.

46 Artikel 1043 Ger.W.

47 Zie art. 734*bis* tot 734*sexies* B.W. en in het bijzonder art. 734*bis*, § 5, vijfde lidB.W. De proceduregebonden bemiddeling in familiezaken is echter nog niet operationeel, bij gebrek aan de nodige uitvoeringsbesluiten.

48 Cf. Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 42.

49 Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb.* 16 januari 2001, L 12, 1 (zie art. 5, 2. van de verordening).

50 Artikel 41 van de Verordening.

registers van de burgerlijke stand.[51] Dit is logisch, aangezien de overschrijving van het echtscheidingsvonnis of arrest enkel dient om de echtscheiding aan derden tegenwerpbaar te maken. Tussen de echtgenoten heeft de echtscheiding reeds gevolg vanaf de dag waarop de beslissing in kracht van gewijsde is gegaan.[52]
Met de afschaffing van het strenge vereiste van overschrijving in de registers, verdwijnt meteen ook de enige voorwaarde die uitdrukkelijk aan de overeenkomst werd gesteld. Men valt van het ene uiterste in het andere en komt als het ware in een vacuüm terecht.
Zo bepaalt de wet nergens dat de gerechtelijke beslissing die de echtscheiding door onderlinge toestemming uitspreekt, uitvoerbaar moet zijn om een beroep op de Dienst voor alimentatievorderingen te kunnen doen. Het louter bestaan van een overeenkomst in de zin van art. 1288, eerste lid, 3° of 4° Ger.W. is volgens de letter van de wet voldoende.

608. De echtscheiding moet zelfs nog niet zijn uitgesproken. Een beroep op de Dienst voor alimentatievorderingen *tijdens* de echtscheidingsprocedure, wordt principieel mogelijk, op voorwaarde dat de overeenkomst uitvoerbaar is (*infra* nr. 609). Hierbij moet echter worden opgemerkt dat echtgenoten slechts door onderlinge toestemming uit de echt kunnen scheiden, indien zij gedurende heel de procedure volharden in hun voornemen om, met naleving van alle termen van de voorafgaande overeenkomst, hun huwelijk te beëindigen. Elk van beide echtgenoten kan te allen tijde de procedure stopzetten, door er afstand van te doen.[53] Hierdoor vervallen alle voorafgaande overeenkomsten voor de toekomst.[54]
Ingeval de "onderhoudsplichtige" echtgenoot de afgesproken bijdrage niet betaalt, dan zou de rechter uit deze niet-naleving van de overeenkomst en de begeleidende omstandigheden mogelijk zelfs een impliciete afstand van de procedure kunnen afleiden.[55]
De meest gerede partij zal de Dienst zo snel mogelijk op de hoogte moeten brengen van de gebeurlijke afstand van geding vanwege de onderhoudsplichtige (*infra* nr. 660). De Dienst zal vanaf dan geen nieuwe voorschotten

---

51 Binnen één maand wordt een uittreksel van het beschikkende gedeelte van het vonnis of het arrest dat de echtscheiding uitspreekt en dat in kracht van gewijsde is gegaan, verzonden naar de ambtenaar van de burgerlijke stand. Voor vonnissen gaat deze termijn in na het verstrijken van de termijn van hoger beroep; voor arresten na het verstrijken van de termijn van voorziening in cassatie. Uiterlijk binnen één maand na ontvangst van het uittreksel, wordt de echtscheiding overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand (art. 1303 Ger. W.).

52 Artikel 1304, eerste en derde lid Ger. W.

53 Artikelen 820 e.v. B.W. Zie P. SENAEVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, 692, nr. 1991.

54 Artikel 1278, vierde lid B.W. Zie P. SENAEVE, *Handboek familieprocesrecht*, Leuven, Acco, 1986, nr. 756.

55 Afstand van geding kan immers zowel expliciet als impliciet geschieden (art. 824 Ger. W.).

meer uitkeren, bij gebrek aan een voor de toekomst geldige overeenkomst. De Dienst blijft belast met de inning en invordering van de voorschotten betaald vóór de afstand van procedure en met de inning, invordering en doorstorting van de overeenstemmende saldi en de eventuele achterstallen. Tijdens de echtscheidingsprocedure blijft de voorschottenregeling dus van toepassing zolang geen afstand van procedure werd gedaan.

609. Hoewel dit evenmin uitdrukkelijk door de wet wordt vereist, dienen de overeenkomsten in de zin van art. 1288, eerste lid, 3° en 4° Ger.W. minstens uitvoerbaar te zijn, vooraleer de onderhoudsgerechtigde zich tot de Dienst voor alimentatievorderingen kan wenden. De overeenkomst moet met andere woorden in een uitvoerbare titel – een authentieke akte of een gerechtelijke beslissing – zijn vastgelegd.
Overeenkomsten voorafgaand aan de echtscheiding of scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming, kunnen zowel bij authentieke als bij onderhandse akte worden vastgelegd. Een onderhandse akte verleent de onderhoudsgerechtigde geen uitvoerbare titel. Indien het niet mogelijk is om aan de hand van de notariële akte het juiste bedrag, de datum van eisbaarheid en de betalingsmodaliteiten te bepalen, heeft ook de notariële akte – hoewel principieel een uitvoerbare titel – geen uitvoerbare kracht.[56] Het echtscheidingsvonnis of -arrest vormt niet altijd een garantie voor de uitvoerbaarheid van de overeenkomst. Krachtens art. 1298 Ger. W. homologeert de rechter die de echtscheiding uitspreekt enkel de overeenkomsten met betrekking tot de minderjarige kinderen, zowel inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag en het omgangsrecht als inzake de onderhoudsbijdragen. Hierdoor maken deze overeenkomsten inherent deel uit van de gerechtelijke beslissing, die een uitvoerbare titel uitmaakt. Aldus verwerven zij gezag van gewijsde en uitvoerbare kracht, indien zij dit laatste nog niet hadden ten gevolge van de authentieke akte waarin zij zijn vastgelegd.[57] De overeenkomsten betreffende de onderhoudsbijdragen voor de meerderjarige kinderen of tussen echtgenoten, worden niet gehomologeerd. Het gebrek aan uitvoerbaarheid van de onderhandse akte waarin zij zijn vastgelegd, wordt niet verholpen door de echtscheidingsuitspraak. Bij nalatigheid van de onderhoudsplichtige, is een voorafgaande rechterlijke tussenkomst noodzakelijk.[58] Deze tussenkomst is eveneens noodzakelijk indien het een notariële akte zonder uitvoerbare kracht betreft.

---

56 F. BUYSSENS, "De onderhoudsbijdrage voor de kinderen en de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming" in P. SENAEVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, nr. 221.

57 P. SENAEVE, *Compendium*, *o.c.*, nr. 2000-1.

58 F. BUYSSENS, *l.c.*, nr. 220.

610. Het onderhoudsgeld verschuldigd aan de kinderen en dat werd vastgesteld een bij *uitvoerbare minnelijke schikking*[59], valt eveneens onder het toepassingsgebied van de wet. Waarom de minnelijke schikking niet wordt vermeld in art. 2, 1°, b Wet Dienst Alimentatievorderingen betreffende het onderhoudsgeld verschuldigd tussen echtgenoten of samenwonenden, is niet duidelijk.

611. Ook onderhoudsgelden vastgesteld in overeenkomsten en minnelijke schikkingen die tot stand kwamen in het raam van een procedure voor een buitenlandse rechter, vallen principieel onder het toepassingsgebied van de wet. Overeenkomsten en schikkingen "*als bedoeld in*" respectievelijk art. 1288, eerste lid, 3° en 4°, en art. 731 tot 734 Ger. W., zijn niet noodzakelijk overeenkomsten en schikkingen totstandgekomen in het raam van die (Belgische) wetsbepalingen.
Is de overeenkomst vastgelegd in een authentieke akte of werd ze bekrachtigd door een rechter, dan moet ze eerst uitvoerbaar worden verklaard. Kwam ze tot stand in het raam van een procedure voor een rechter van een lidstaat van de Europese Unie – behalve Denemarken – dan geschiedt de uitvoerbaarverklaring conform art. 57 van Verordening nr. 44/2001. Onderhandse akten moeten eerst door de bevoegde rechter worden gehomologeerd. Is een buitenlandse rechter bevoegd, dan moet de homologatiebeslissing in België uitvoerbaar worden verklaard (*supra* nr. 606).
Een gerechtelijke schikking die in het buitenland tot stand kwam, moet eerst uitvoerbaar worden verklaard. Kwam ze tot stand voor een rechter van een lidstaat van de Europese Unie – behalve Denemarken – dan geschiedt de uitvoerbaarverklaring conform art. 58 van Verordening nr. 44/2001.

[59] Artikelen 731 tot 734 Ger.W.

§ 2. DE TEGEMOETKOMING[60] VAN DE DIENST

A. Opdracht van de Dienst

612. De opdracht van de Dienst voor alimentatievorderingen is dubbel. Enerzijds kent hij voorschotten toe op een of verscheidene welbepaalde termijnen van onderhoudsgelden die na de indiening van de aanvraag vervallen.
Anderzijds is hij belast met de inning of invordering van de toegekende voorschotten alsook van het saldo en de achterstallen van de alimentatievorderingen ten laste van de onderhoudsplichtige[61]. De Dienst staat met andere woorden in voor de inning en invordering van het volledige bedrag van alle door de onderhoudsplichtige verschuldigde onderhoudsgelden. Aldus wordt vermeden dat verschillende partijen – de onderhoudsgerechtigde en de Dienst – elk voor een deel van het onderhoudsgeld een procedure moeten opstarten. Dit is tegelijk de meest doeltreffende en goedkoopste werkwijze.[62]
Voor heel het uitvoeringsluik vormt de Dienst dus een buffer tussen de onderhoudsgerechtigde en de onderhoudsplichtige, waarbij het risico van niet-betaling (tot beloop van de voorschotten) en de ongemakken van de gedwongen tenuitvoerlegging overgedragen worden op de gemeenschap.

613. In tegenstelling tot wat de term "voorschotten" doet vermoeden, zijn de bedragen die de onderhoudsgerechtigde als voorschot ontvangt, definitief verworven. Zij kunnen niet worden teruggevorderd, behalve in de gevallen opgesomd in art. 17 Wet Dienst Alimentatievorderingen (*infra* nrs. 679 e.v.).

614. Het begrip "termijnen" slaat op de frequentie waarmee het onderhoudsgeld door de onderhoudsplichtige moet worden betaald. Meestal is dit maandelijks.
Aangezien de wet met het begrip "termijnen" enkel verwijst naar de periodiek verschuldigde bedragen, moet men besluiten dat de Dienst geen voorschotten betaalt op het (vaste) bedrag van de occasioneel toegekende bijdrage in de buitengewone uitgaven. Is de bijdrage geïncorporeerd in het periodiek verschuldigde bedrag, dan wordt het voorschot berekend op basis

---

60 Op aanraden van de Raad van State werd de term "tussenkomst" vervangen door de term "tegemoetkoming" (advies van de Raad van State nr. 33.404/3, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/011, 6). Het begrip "tussenkomst" geeft echter beter aan dat de Dienst als een buffer tussen beide partijen komt te staan inzake de uitvoering van de onderhoudsverplichting.

61 Artikel 3, § 1 Wet Dienst Alimentatievorderingen.

62 Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 73.

van het gehele bedrag en dus ook op het deel van het onderhoudsgeld bedoeld als bijdrage in de buitengewone uitgaven (met het maximumbedrag als grens).

615. Indien aan alle voorwaarden voor tegemoetkoming is voldaan, moet de Dienst voorschotten uitbetalen op alle termijnen, zolang de tegemoetkoming duurt. Pas als zich een situatie voordoet die door de wet wordt omschreven als een oorzaak van beëindiging van de tegemoetkoming, eindigt het recht op voorschotten. De wetgever had dan ook best de zinsnede "*een of verscheidene welbepaalde*" weggelaten. Deze wekt immers de indruk dat de Dienst de tegemoetkoming op voorhand kan beperken tot één of een welbepaald aantal termijnen.[63]

616. Het "saldo" is het verschil tussen het bedrag van het toegekende voorschot en het integrale bedrag van de termijn van het onderhoudsgeld verschuldigd door de onderhoudsplichtige.
De Dienst is – in tegenstelling tot het O.C.M.W.[64] – ook belast met de inning of invordering van de achterstallen. "Achterstallen" zijn de termijnen die op het ogenblik van de aanvraag tot tegemoetkoming reeds zijn vervallen en die niet (volledig) werden betaald door de onderhoudsplichtige.[65] Aldus werd gekozen voor een geïntegreerde oplossing voor de onderhoudsgerechtigde wat heel het innings- en invorderingsluik van zijn onderhoudsrelatie met de onderhoudsplichtige betreft.[66]
De Dienst kan de achterstallen slechts invorderen, indien de bijzondere verjaringstermijn van vijf jaar bedoeld in art. 2277 B.W. nog niet is verstreken. Een eventuele dagvaarding, een bevel tot betaling of een beslag stuit de verjaring.[67]

617. De tegemoetkoming door de Dienst voor alimentatievorderingen doet geen afbreuk aan de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de onderhoudsplichtige op grond van art. 391*bis* Sw.[68] Familieverlating is immers

---

63 Vgl. onder de huidige regeling P. SENAEVE en D. SIMOENS, *o.c.*, nr. 374.

64 I. ANNÉ, *l.c.*, 356 en D. SIMOENS, "Verruimd recht op sociale uitkeringen wanneer onderhoudsgelden verschuldigd voor kinderen niet effectief worden betaald", *T.S.R.* 2000, nr. 35.

65 Cf. art. 23, 6° Wet Dienst Alimentatievorderingen.

66 Over de vraag of de nieuwe regeling op de achterstallen van toepassing moet zijn, zie Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 53-60 en 102. Vooral om budgettaire redenen was er enige oppositie tegen het uitbreiden van de regeling naar achterstallen

67 Artikel 2244 B.W. De clausule in het standaardformulier opgesteld door de FOD Financiën en in te vullen door de aanvrager (*infra* nr. 643), waarin is bepaald dat enkel de achterstallen voor de laatste vijf jaar moeten worden opgegeven, is bijgevolg niet helemaal correct.

68 Artikel 3, § 2 Wet Dienst Alimentatievorderingen, vermeldt naast art. 391*bis* en 391*ter* Sw. ook art. 360*bis* Sw. Deze laatste bepaling is echter opgeheven door de Wet van 28 november 2000 betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen (zie ook het Verslag,

een ernstig misdrijf, dat volgens sommigen prioritair moet worden behandeld.[69] Het ligt geenszins in de bedoeling van de wetgever om de onderhoudsplichtige te deresponsabiliseren, noch op burgerrechtelijk, noch op strafrechtelijk vlak.

B. Voorwaarden voor de tegemoetkoming

1. Algemeen

618. Gezien het strikt persoonlijke karakter van de onderhoudsverhouding tussen de onderhoudsgerechtigde en de onderhoudsplichtige, moeten beiden vanzelfsprekend nog in leven zijn op het ogenblik van de aanvraag. Het recht op en de plicht tot onderhoud gaan niet over op de erfgenamen.

619. In de nieuwe wet spelen de bestaansmiddelen van de onderhoudsgerechtigde geen rol meer bij de beoordeling van de aanvraag tot tegemoetkoming. De wet hanteert immers geen bestaansmiddelengrens, zodat een onderzoek naar de bestaansmiddelen overbodig is. Met de inwerkingtreding van de nieuwe regeling, vervalt heel de discussie over de vraag met welke bestaansmiddelen van de onderhoudsgerechtigde precies rekening moet worden gehouden. Met het wegvallen van de bestaansmiddelengrens en de overheveling van de materie naar de FOD Financiën, verdwijnt de voorschottenregeling – formeel gezien – definitief uit de sfeer van de maatschappelijke dienstverlening. De tegemoetkoming is niet langer een gunst die enkel openstaat voor de onderhoudsgerechtigden met de minste bestaansmiddelen.

620. Net als in de O.C.M.W.-regeling, wordt geen enkele nationaliteitsvereiste gesteld, noch in hoofde van de onderhoudsgerechtigde, noch in hoofde van de onderhoudsplichtige.[70]

621. In het oorspronkelijke wetsvoorstel werd vereist dat de onderhoudsgerechtigde het bewijs zou leveren dat hij een poging tot terugvordering door een gerechtsdeurwaarder had ondernomen. Daartoe moest hij bij zijn aanvraag een getuigschrift van een gerechtsdeurwaarder voegen waaruit bleek dat een privaatrechtelijk middel van tenuitvoerlegging zonder

---

Parl. St. Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 89). De verwijzing naar dit artikel zou dan ook best worden geschrapt en vervangen door een verwijzing naar het huidige art. 424 Sw., dat nagenoeg dezelfde tekst als het opgeheven art. 360*bis* Sw. bevat.

69 Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 29.

70 In het standaardaanvraagformulier wordt wel gevraagd naar de nationaliteit van de aanvrager.

resultaat was gebleven.[71] Dit bewijs zou de fraudebestendigheid van de regeling vergroten.[72] Een amendement stelde voor om een ingebrekestelling in de zin van art. 1139 B.W. te vereisen, als minimaal bewijs van de inspanningen van onderhoudsgerechtigde om de betaling van het onderhoudsgeld te bekomen.[73]
Uiteindelijk vereist de wet geen enkele aan de aanvraag voorafgaande inspanning vanwege de onderhoudsgerechtigde om de gedwongen tenuitvoerlegging van de gerechtelijke beslissing of de overeenkomst te bekomen. Eventuele laksheid vanwege de onderhoudsgerechtigde wordt niet gesanctioneerd en dus in de hand gewerkt.

2. Niet- of onregelmatige betaling

622. De onderhoudsgerechtigde kan de tegemoetkoming van de Dienst aanvragen indien de onderhoudsplichtige het onderhoudsgeld niet of slechts gedeeltelijk heeft betaald gedurende twee, al dan niet opeenvolgende termijnen in de loop van de twaalf maanden die de aanvraag voorafgaan.[74]

623. Voortaan bepaalt de wet uitdrukkelijk dat gedeeltelijke betalingen door de onderhoudsplichtige geen beletsel vormen om aanspraak te kunnen maken op de tegemoetkoming. Meer in het algemeen moet elke onregelmatige betaling als een niet-betaling in de zin van de wet worden beschouwd. Zo kan de tegemoetkoming ook worden toegestaan wanneer de onderhoudsplichtige te laat betaalt.[75] Het feit dat de onderhoudsgerechtigde door middel van een gedwongen tenuitvoerlegging uiteindelijk de betaling heeft bekomen, vormt evenmin een beletsel. Er moeten met andere woorden niet noodzakelijk achterstallen bestaan op het ogenblik van de aanvraag.[76] Ook de betaling die niet op de afgesproken of opgelegde wijze geschiedt, is onregelmatig en dus een niet-betaling in de zin van de wet.

---

71 Wetsvoorstel tot oprichting bij het Ministerie van Financiën van een begrotingsfonds voor alimentatievorderingen, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1627/001, 13 en 19.

72 Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 14.

73 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1627/003, 2, nr. 13.

74 Artikel 6, eerste lid Wet Dienst Alimentatievorderingen.

75 Cf. *a contrario* art. 8, tweede lid Wet Dienst Alimentatievorderingen: "regelmatig". De opmerking van de Raad van State dat er bij een laattijdige betaling geen aanleiding meer is voor een beroep op de regeling en dat bijgevolg het woord "regelmatig" best wordt geschrapt, werd uiteindelijk niet gevolgd (advies van de Raad van State nr. 33.404/3, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/011).

76 Cf. Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 23.

624. Voor zover aan de overige toepassingsvoorwaarden – zoals het bestaan van een actuele uitvoerbare gerechtelijke beslissing – is voldaan, is de oorzaak van de niet- of onregelmatige betaling irrelevant.

625. De niet-betalingen dienen elkaar niet op te volgen. Evenmin moet de tweede niet-betaling onmiddellijk worden gevolgd door een aanvraag. Er mogen zich tussen de aanvraag en de laatste niet-betaling betaalde termijnen voordoen, zolang de eerste niet-betaling zich niet verder dan twaalf maanden in het verleden uitstrekt.

626. De wet bepaalt niet hoe de aanvrager de niet-betaling van twee termijnen moet bewijzen. Aangezien het een absoluut negatief bewijs betreft, zal het moeilijk, zoniet onmogelijk kunnen worden geleverd. De Dienst zal de onderhoudsgerechtigde dan ook in eerste instantie op zijn woord moeten geloven.[77]
Vanaf de kennisgeving van de aanvraag, beschikt de onderhoudsplichtige echter over een termijn van vijftien dagen ondermeer om aan te tonen dat hij zijn onderhoudsverplichting regelmatig is nagekomen (*infra* nr. 649). Indien de onderhoudsgerechtigde wetens en willens een onjuiste of onvolledige verklaring heeft afgelegd, kan de Dienst de betaalde sommen geheel of gedeeltelijk terugvorderen (*infra* nrs. 679 e.v.). Bovendien loopt hij het risico te worden gestraft (*infra* nr. 680).

3. Woonplaats of gewone verblijfplaats in België

627. De toepassing van de wet is beperkt tot de onderhoudsgerechtigden die hun woonplaats of gewone verblijfplaats in België hebben.[78]

628. Aangezien het om een grondvoorwaarde gaat voor het bekomen van de tegemoetkoming, moet onder "woonplaats" de burgerlijke en niet de gerechtelijke woonplaats worden verstaan.
De woonplaats is bijgevolg de plaats waar de onderhoudsgerechtigde het voornaamste centrum van zijn burgerlijke en maatschappelijke belangen heeft, waar hij in principe voor alle aspecten van het rechtsverkeer bereikbaar is. De woonplaats bevat een materieel en een intentioneel element. De onderhoudsgerechtigde moet er zijn hoofdverblijf hebben gevestigd, met de intentie er zijn rechten uit te oefenen en zijn verplichtin-

---

77 Dit blijkt ook uit de volgende clausule in het standaardaanvraagformulier (*infra* nr. 643): "*Ik verklaar op mijn woord van eer dat in de loop van de 12 maanden voorafgaand aan deze aanvraag minstens twee, al dan niet opeenvolgende termijnen, door de schuldenaar niet of slechts gedeeltelijk werden betaald en dat deze verklaring oprecht en volledig is*".

78 Artikel 6, tweede lid Wet Dienst Alimentatievorderingen.

gen na te komen.[79] Het is niet noodzakelijk de plaats waar hij in het bevolkingsregister is ingeschreven en ze valt niet noodzakelijk samen met zijn verblijfplaats.[80] Men kan maar één woonplaats hebben.
De niet-ontvoogde minderjarige heeft zijn woonplaats in de gezamenlijke verblijfplaats van zijn ouders of, indien deze niet samenleven, in de verblijfplaats van één van beiden[81]. Wanneer slechts één ouder het ouderlijk gezag uitoefent, heeft hij zijn woonplaats logischerwijze bij die ouder. Het meerderjarige of ontvoogde onderhoudsgerechtigde kind kan, maar hoeft zijn woonplaats niet bij zijn ouders of één van hen te hebben.

629. Wat onder "de gewone verblijfplaats" moet worden verstaan, is minder duidelijk. Het is de plaats waar de onderhoudsgerechtigde zich voor langere tijd of periodes effectief ophoudt, zonder de intentie om er zijn hoofdverblijf te vestigen. Het verblijf in België moet dus een zekere bestendigheid vertonen. Een louter occasioneel verblijf volstaat niet om een beroep te kunnen doen op de voorschottenregeling. Nochtans vereist de wet geen minimumduur. De aanvrager moet met andere woorden niet aantonen dat hij reeds gedurende een bepaalde periode zijn woonplaats of gewone verblijfplaats in België heeft.
Men kan verschillende gewone verblijfplaatsen hebben. Wanneer zij op een meer dan occasionele wijze wordt verlaten, vervalt de gewone verblijfplaats.[82]
Met de vermelding, naast de woonplaats, van de gewone verblijfplaats als aanknopingsfactor, heeft de wetgever wellicht de bedoeling gehad de Dienst voor alimentatievorderingen een zekere vrijheid toe te kennen in de beoordeling van de band die de onderhoudsgerechtigde in werkelijkheid heeft met België.

630. De onderhoudsplichtige zal wederom in eerste instantie op zijn woord moeten worden geloofd. Indien achteraf blijkt dat hij een valse verklaring heeft afgelegd omtrent zijn woonplaats of gewone verblijfplaats, kan de Dienst de betaalde bedragen geheel of gedeeltelijk terugvorderen (*infra* nrs. 679 e.v.). Bovendien hangt de onderhoudsplichtige een strafsanctie boven het hoofd (*infra* nr. 680).

---

79 A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed. Theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys & Breesch, 2002, 49.

80 P. SENAEVE, *Compendium*, o.*c.*, nr. 341. In de O.C.M.W.-regeling wordt enkel verwezen naar de verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde, zodat in principe de regeling niet van toepassing is op de onderhoudsgerechtigde die weliswaar zijn woonplaats in België heeft, maar wiens verblijfplaats in het buitenland is gelegen.

81 Artikel 108 B.W.

82 P. SENAEVE, *o.c.*, nr. 341.

631. De onderhoudsgerechtigde die voorschotten ontvangt, verliest het voordeel van de tegemoetkoming als hij naar het buitenland vertrekt. De toepassing van de wet is namelijk beperkt tot de onderhoudsgerechtigden die hun woonplaats of gewone verblijfplaats in België hebben. Nergens preciseert de wet dat de onderhoudsgerechtigde enkel op het ogenblik van de aanvraag in België moet wonen of bestendig verblijven. Bovendien gaat het om een grondvoorwaarde voor de tegemoetkoming. Dit brengt tevens mee dat de onderhoudsgerechtigde die zich naar het buitenland begeeft, zijn recht op voorschotten verliest. De tegemoetkoming wordt beëindigd, niet louter geschorst.[83]

Een occasioneel verblijf in het buitenland is echter niet voldoende om de tegemoetkoming stop te zetten. Het vertrek moet tot gevolg hebben dat de onderhoudsgerechtigde voortaan noch zijn woonplaats, noch zijn gewone verblijfplaats in België heeft.

De Dienst blijft belast met de inning en invordering van de voorschotten betaald vóór het vertrek en met de inning, invordering en doorstorting van de overeenstemmende saldi en de eventuele achterstallen.

In de wet wordt nergens uitdrukkelijk bepaald dat de onderhoudsgerechtigde die de intentie heeft om in het buitenland te gaan verblijven, de Dienst voorafgaand van zijn intentie, de duur en de reden van het verblijf op de hoogte moet brengen.[84] Niettemin heeft hij de verplichting om de Dienst op de hoogte te brengen van ieder nieuw gegeven dat van invloed kan zijn op het bedrag van de voorschotten[85]. Het "bedrag" is weliswaar niet het "bestaan van het recht op". Toch dient deze informatieverplichting redelijkerwijze ook betrekking te hebben op iedere bestendige wijziging van de woonplaats of gewone verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde, één van de grondvoorwaarden voor de toepassing van de wet. Bovendien bepaalt het K.B. van 31 mei 1933 betreffende de verklaringen af te leggen in verband met subsidies, vergoedingen en toelagen, dat de persoon die weet of moest weten dat hij geen recht meer heeft op het gehele bedrag van een subsidie, vergoeding of toelage, verplicht is dit te verklaren. Brengt hij de Dienst niet op de hoogte en blijkt later dat door zijn vertrek zijn woonplaats of gewone verblijfplaats niet meer in België is gelegen, dan kan de onderhoudsgerechtigde worden gestraft (*infra* nr. 680).

---

83 Zie in dezelfde zin P. SENAEVE en D. SIMOENS, *o.c.*, nr. 326.

84 Cf. K.B. 22 augustus 1989 betreffende de voorschotten op en invordering van onderhoudsgelden verschuldigd aan kinderen: "*De onderhoudsgerechtigde moet vóór zijn vertrek, het bevoegd centrum inlichten over elke verblijf van meer dan één maand in het buitenland; hij geeft de duur en de reden hiervan op*" (art. 9).

85 Artikel 10, § 4 Wet Dienst Alimentatievorderingen.

632. De onderhoudsplichtige moet zijn woonplaats of gewone verblijfplaats niet in België hebben; anders zou hij al te gemakkelijk aan de toepassing van de wet kunnen ontsnappen. Een dubbele residentievoorwaarde zou immers meebrengen dat, indien de onderhoudsplichtige beslist zijn woonplaats of gewone verblijfplaats naar het buitenland over te brengen, de onderhoudsgerechtigde niet langer recht zou hebben op de toepassing van de voorschottenregeling. Gelet op de doelstelling van de wet, die erin bestaat steun te verlenen aan de onderhoudsgerechtigden, zou dit mogelijk neerkomen op een onaanvaardbare ongelijke behandeling.[86] De administratie beschikt trouwens over rechtsmiddelen om de bedragen in het buitenland in te vorderen van de onderhoudsplichtige, ook al zijn dergelijke procedures ingewikkelder. De onderhoudsplichtige die in het buitenland woont, is dus niet gevrijwaard van invordering door de administratie.[87] Gelet op deze vaststelling, vormt het loutere domicilie van de onderhoudsgerechtigde het meest doeltreffende sociaal criterium, ook al zou een bijkomende domicilievereiste in hoofde van de onderhoudsplichtige de risico's voor de administratie bepreken.[88]

C. Bedrag van de voorschotten

633. Het bedrag van elk voorschot is in principe gelijk aan het bedrag van het verschuldigde onderhoudsgeld. Werd het onderhoudsgeld geïndexeerd, dan is deze indexering ook op het voorschot van toepassing.[89] Om budgettaire redenen is het bedrag van de voorschotten wel geplafonneerd. De voorschotten mogen nooit meer dan 175 EUR per maand – niet per termijn – en per onderhoudsgerechtigde bedragen.[90] Dit maximumbedrag is niet gekoppeld aan het indexcijfer van de consumptieprijzen. Indien het onderhoudsgeld bijvoorbeeld op 300 EUR is bepaald, kan het voorschot dus slechts maximaal 175 EUR bedragen.
Het maximumbedrag dat van kracht blijft tot 1 september 2004, bedraagt 125 EUR. De nieuwe regeling verhoogt dus het maximumbedrag met 50 EUR.

634. Op voornoemd bedrag wordt de gedeeltelijke rechtstreekse betaling van (een) termijn(en) door de onderhoudsplichtige aan de onderhoudsge-

---

86 Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 47-48.
87 Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 48.
88 Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 48.
89 Artikel 4, eerste lid Wet Dienst Alimentatievorderingen.
90 In het oorspronkelijke Wetsvoorstel, bedroeg het maximumbedrag 200 EUR (*Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/001, 20). In één amendement werd dit bedrag opgetrokken tot 250 EUR per meerderjarig onderhoudsgerechtigd kind (*Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/015, nr. 121).

rechtigde tot beloop van een *lager* bedrag, aangerekend. Het voorschot is dan beperkt tot het verschil met het rechtstreeks ontvangen bedrag.[91] Indien bijvoorbeeld het onderhoudsgeld 300 EUR bedraagt en de onderhoudsplichtige 100 EUR aan de onderhoudsgerechtigde betaalt, dan wordt het voorschot beperkt tot het verschil tussen 175 EUR en 100 EUR, zijnde 75 EUR.
Dat de onderhoudsplichtige vanaf de kennisgeving van de beslissing tot tegemoetkoming, enkel aan de Dienst bevrijdend kan betalen[92] is dus niet geheel juist. De besproken aanrekening van gedeeltelijke rechtstreekse betalingen vormt daarop een uitzondering. *Qui paie mal, paie deux fois* gaat wat dat betreft niet op. Dat is ook onder de O.C.M.W.-regeling zo.[93] Zou men – ten onrechte – van oordeel zijn dat de rechtstreekse betaling aan de onderhoudsgerechtigde niet tegenstelbaar is aan de Dienst en niet zou worden aangerekend, dan verplicht men de onderhoudsplichtige het verkeerdelijk betaalde bedrag terug te vorderen van de onderhoudsgerechtigde. Dit is vanzelfsprekend niet bevorderlijk voor de "ontmijning" van de onderhoudsverhouding tussen beide partijen.

635. Is het bedrag van de rechtstreekse betaling *gelijk* aan het bedrag bedoeld in art. 4, eerste lid Wet Dienst Alimentatievorderingen, dan wordt uiteraard geen voorschot toegekend. Wanneer bijvoorbeeld het onderhoudsgeld 300 EUR bedraagt en de onderhoudsplichtige 175 EUR aan de onderhoudsgerechtigde betaalt, dan wordt geen voorschot toegekend. Inning en invordering van het saldo en de achterstallen van de onderhoudsvordering door de Dienst blijft hier mogelijk.
In de mate waarin de rechtstreekse betaling het bedrag bedoeld in art. 4, eerste lid Wet Dienst Alimentatievorderingen *overstijgt*, is ze niet tegenstelbaar aan de Dienst en zal de onderhoudsplichtige een tweede keer moeten betalen in het raam van de inning en invordering van saldo en achterstallen. In dit geval zal hij zich – tot beloop van het dubbel betaalde bedrag – wel rechtstreeks tot de onderhoudsgerechtigde moeten wenden. Het onderhoudsgeld bedraagt bijvoorbeeld 300 EUR. De onderhoudsplichtige betaalt aan de onderhoudsgerechtigde 200 EUR. De Dienst voor alimentatievorderingen is belast met de inning en invordering tot beloop van 300 – 175 = 125 EUR. In totaal betaalt de onderhoudsplichtige 325 EUR. De dubbel betaalde 25 EUR dient hij van de onderhoudsgerechtigde terug te vorderen.

---

91 Artikel 4, tweede lid Wet Dienst Alimentatievorderingen.
92 Artikel 10, § 3 Wet Dienst Alimentatievorderingen.
93 Zie art. 68*bis*, § 4, tweede lid, en art. 68*ter*, § 2 O.C.M.W.-wet; D. SIMOENS, *l.c.*, nr. 73.

636. De Koning kan bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad het maximumbedrag en de modaliteiten van toekenning van het voorschot wijzigen.[94] De Koning kan het bedrag zowel verlagen als verhogen.

637. In de huidige O.C.M.W.-regeling geldt tevens een minimumgrens waaronder geen voorschotten worden toegekend. Deze minimumgrens is vastgesteld op 10 EUR per maand.[95] Met deze grens wenste de wetgever te vermijden dat de O.C.M.W.'s zich verplicht zien om bedragen uit te keren waarvan het voordeel voor de begunstigde niet opweegt tegen de corresponderende administratieve kosten. Nochtans is dit voordeel niet te onderschatten, aangezien het niet gaat om een eenmalige betaling, maar om verscheidene periodieke betalingen. Bovendien moet de minimumgrens per onderhoudsgerechtigd kind worden toegepast. Ook kan de minimumgrens in combinatie met de voorschottenberekening bij gedeeltelijke betaling tot onbillijke resultaten leiden.[96]
Onder de nieuwe wet geldt enkel nog een maximumgrens en geen minimumgrens meer. Hoe laag de bedragen van de voorschotten ook zijn, de Dienst moet ze uitkeren en bij de onderhoudsplichtige invorderen.

D. Bijdrage in de werkingskosten

638. Om budgettaire redenen geeft de tegemoetkoming van de Dienst voor alimentatievorderingen aanleiding tot de betaling van een bijdrage in de werkingskosten van deze dienst.[97]
In tegenstelling tot de O.C.M.W.'s onder de huidige regeling[98], heeft de Dienst terzake geen beoordelingsvrijheid, noch wat het principe van de bijdrage, noch wat het bedrag van de bijdrage betreft. De Dienst is bij elke tegemoetkoming verplicht de gehele bijdrage in de werkingskosten te effectueren; niet meer, maar ook niet minder.[99]

---

94 Artikel 4, derde lid Wet Dienst Alimentatievorderingen.

95 Artikel 1, § 3 K.B. 14 augustus 1989 tot uitvoering van artikel 68*bis*, § 4, van de organieke Wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn.

96 P. SENAEVE en D. SIMOENS, *o.c.*, nr. 355-357; D. SIMOENS, *l.c.*, nr. 45-46.

97 Artikel 5, eerste lid Wet Dienst Alimentatievorderingen.

98 Zie art. 68*ter*, § 5, eerste lid O.C.M.W.-wet.

99 De wet bepaalt voortaan niet meer dat op grond van een rechterlijke beslissing in geval van uitzonderlijke kosten, de verplichte bijdrage het door de wet voorziene bedrag mag overstijgen (cf. art. 68*ter*, § 5, eerste lid O.C.M.W.-wet).

639. Ten laste van de onderhoudsplichtige bedraagt de bijdrage 10% van het integrale bedrag van de te innen of in te vorderen hoofdsommen.[100] De onderhoudsplichtige die het onderhoudsgeld sinds de toekenning van de tegemoetkoming vrijwillig en regelmatig betaalt, is de bijdrage dus evenzeer verschuldigd als de diegene ten aanzien van wie de Dienst zich genoodzaakt ziet om tot de invordering over te gaan.[101]
De bijdrage ten laste van de onderhoudsplichtige wordt gerechtvaardigd vanuit de overweging dat de Dienst kosten maakt door diens nalatigheid.[102]

640. Ten laste van de onderhoudsgerechtigde bedraagt de bijdrage 5% van het bedrag van het saldo van de geïnde of ingevorderde alimentatievordering en van de geïnde of ingevorderde achterstallen.[103] Op het bedrag van de geïnde of ingevorderde voorschotten is geen percentage verschuldigd. Vanzelfsprekend wordt dit percentage ook niet toegepast op het bedrag van de door de onderhoudsplichtige verschuldigde bijdrage in de werkingskosten.
Dat ook van de onderhoudsgerechtigde een bijdrage in de werkingskosten wordt gevraagd, is nieuw en wordt verantwoord doordat de onderhoudsgerechtigde tot beloop van de voorschotten zeker is van betaling en voor het overige ontheven is van heel het invorderingsluik.[104] Het argument dat de bijdrage lastens de onderhoudsgerechtigde, in tegenstelling tot die lastens de onderhoudsplichtige, een "*gewaarborgde bron van inkomsten*" vormt voor de Dienst voor alimentatievorderingen[105], gaat niet op. De betaling van de 5%-bijdrage gebeurt immers in de vorm van een voorafneming bij de doorstorting van de geïnde of ingevorderde bedragen[106] en is dus eveneens afhankelijk van de solvabiliteit van de onderhoudsplichtige.

---

100 Artikel 5, tweede lid, 1 Wet Dienst Alimentatievorderingen.

101 Wat door de Raad van State niet vanzelfsprekend werd geacht (advies van de Raad van State nr. 33.404/3, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/011, 9). Zie in dezelfde zin het Wetsvoorstel tot oprichting bij het Ministerie van Financiën van een begrotingsfonds voor alimentatievorderingen, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1627/001, 22, art. 17: "*Indien de onderhoudsplichtige niet binnen één maand heeft betaald, (…) worden de bedragen met 10% verhoogd (…)*".

102 Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 95.

103 Artikel 5, tweede lid, 2 Wet Dienst Alimentatievorderingen.

104 Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 14, 92, 94 en 148. Ook onder de huidige regeling bestaat reeds een "verdoken" vorm van vergoeding ten laste van de onderhoudsgerechtigde. Art. 68*ter*, § 5, tweede lid O.C.M.W.-wet bepaalt dat de nalatigheidsinteresten, verschuldigd door de onderhoudsplichtige wegens het niet-betalen van het onderhoudsgeld, door het O.C.M.W. verworven blijven; P. SENAEVE en D. SIMOENS, "De Wet van 8 mei 1989 inzake het verlenen van voorschotten op en het invorderen van onderhoudsgelden door het O.C.M.W., *R.W.* 1989-90, 1249, nr. 90.

105 Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 91.

106 Artikel 23 Wet Dienst Alimentatievorderingen; *infra* nr. 684.

641. Kan de onderhoudsgerechtigde zijn bijdrage in de werkingskosten – als kosten van tenuitvoerlegging in de zin van art. 1024 Ger. W. – terugvorderen van de onderhoudsplichtige?[107] Dit kan niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest. De "tussenkomst" van de Dienst voor alimentatievorderingen strekt er onder andere toe zoveel mogelijk te vermijden dat de onderhoudsgerechtigde en de onderhoudsplichtige wat de uitvoering van de onderhoudsverplichting betreft, rechtstreeks tegenover elkaar komen te staan.[108] Indien de wetgever van mening was geweest dat uiteindelijk enkel de onderhoudsplichtige moet bijdragen in de werkingskosten, dan had hij de onderhoudsgerechtigde geen bijdrage in de werkingskosten opgelegd en de bijdrage van de onderhoudsplichtige eventueel verhoogd.

642. De Koning kan de bijdragen in de werkingskosten niet wijzigen.[109] Wat de bijdrage verschuldigd door de onderhoudsplichtige betreft, zou een dergelijke bevoegdheid trouwens ongrondwettig zijn. De verplichte bijdrage in de werkingskosten ten laste van de onderhoudsplichtige is immers een belasting en geen retributie.[110] De tegemoetkoming geschiedt enkel in het voordeel van de onderhoudsgerechtigde. Het legaliteitsbeginsel gebiedt dat de wetgever de grondslag, het tarief en de vrijstellingen van een belasting bepaalt.[111] Aan de Koning kan terzake geen bevoegdheid worden toegekend.
De verplichte bijdrage ten laste van de onderhoudsgerechtigde, kan wel als een retributie worden beschouwd.[112]

E. Procedure

1. Aanvraag

643. De aanvraag wordt in twee exemplaren ingediend bij de Dienst voor alimentatievorderingen.[113] De aanvraag moet worden gericht aan de FOD Financiën, Administratie van het kadaster, de registratie en de domeinen. De onderhoudsgerechtigde kan hiervoor terecht bij een heel aantal

---

107 Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 147.
108 Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 147.
109 Contra: amendement nr. 111, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/009, art.12 en 17.
110 Advies van de Raad van State nr. 33.404/3, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/011, 10. Dit wil niet zeggen dat de hier besproken wet in haar geheel een belastingwet is.
111 Artikel 170 G.W.
112 Advies van de Raad van State nr. 33.404/3, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/011, 10, voetnoot nr. 12.
113 Artikel 7, eerste lid Wet Dienst Alimentatievorderingen.

plaatselijke kantoren.[114] Nergens wordt vereist dat de onderhoudsgerechtigde zich richt tot het kantoor van zijn woonplaats of gewone verblijfplaats. Bevoegdheidsconflicten, zoals die zich thans tussen de O.C.M.W.'s kunnen voordoen[115], lijken hiermee van de baan.
Uit de bewoordingen van de wet kan worden afgeleid dat de aanvraag voortaan uitsluitend schriftelijk geschiedt. Met het oog op een vlotte behandeling van de aanvragen, heeft de FOD Financiën een standaardaanvraagformulier opgesteld.[116] In principe is de aanvrager niet verplicht dit formulier te gebruiken. Zijn aanvraag is geldig van zodra deze de wettelijk vereiste gegevens en bijlagen bevat.[117]
Het aanvraagformulier kan eventueel per post worden verstuurd.
De aanvraag is ondertekend door de onderhoudsgerechtigde, zijn wettelijke vertegenwoordiger, of zijn advocaat[118].

644. Indien de onderhoudsgerechtigde meerderjarig is, dient hij zijn aanvraag in principe zelf in, dit wil zeggen ondertekent hij zelf als aanvrager het formulier. De aanvraag kan ook door zijn advocaat worden ondertekend – en dus als aanvrager worden ingediend – wanneer deze laatste een (geschreven) bijzondere volmacht daartoe kan voorleggen. Het mandaat *ad litem* strekt zich immers enkel uit tot proceshandelingen.[119]
Indien daarenboven de voorschotten op de rekening van de advocaat moeten worden gestort, dan moet dit eveneens uit de bijzondere machtiging blijken.[120]
Gaat het om een meerderjarig kind ten laste en is het onderhoudsgeld verschuldigd op grond van art. 203*bis* B.W. aan de ouder bij wie het kind verblijft, dan kan de aanvraag redelijkerwijs ook door deze ouder worden ingediend.[121]

---

114 De adressen van deze kantoren worden vermeld in een brochure, die men kan bestellen via of rechtstreeks afladen van de website van de FOD Financiën (http://www.minfin.fgov.be).
115 Zie bijvoorbeeld D. SIMOENS, *l.c.*, nr. 47-51.
116 Dit standaardformulier kan worden bekomen bij de plaatselijke kantoren of kan samen met de brochure worden afgeladen van de website van de FOD Financiën.
117 Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 151.
118 Artikel 7, tweede lid Wet Dienst Alimentatievorderingen.
119 P. SENAEVE en D. SIMOENS, *o.c.*, nr. 367.
120 Volgens het standaardformulier is de mogelijkheid voor de advocaat om het formulier als aanvrager te ondertekenen, beperkt tot deze laatste hypothese. Mijns inziens volstaat het voorleggen van een uitdrukkelijke machtiging om de aanvraag in te dienen, zonder dat de advocaat noodzakelijk ook gemachtigd moet zijn om de bedragen op zijn bankrekening te ontvangen.
121 P. SENAEVE en D. SIMOENS, *o.c.*, nr. 365.

645. Is de onderhoudsgerechtigde minderjarig (en niet ontvoogd), dan dient zijn wettelijke vertegenwoordiger de aanvraag in. Minderjarigen zijn immers principieel handelingsonbekwaam, waardoor zij de aanvraag – die een rechtshandeling uitmaakt – niet zelf kunnen indienen. De minderjarige is terzake volledig afhankelijk van zijn vertegenwoordiger. De Dienst voor alimentatievorderingen kan de voorschotten niet ambtshalve toekennen.[122]
Nochtans neemt men aan dat minderjarigen zelf en zelfstandig handelingen van het dagelijkse leven kunnen stellen en dat het aanvragen van maatschappelijke dienstverlening hieronder valt.[123] Deze redenering kan naar analogie worden toegepast op de aanvraag tot tegemoetkoming vanwege de Dienst voor alimentatievorderingen, ook al gaat het hier strikt gezien niet meer om maatschappelijke dienstverlening. Men zou de aanvraag tot tegemoetkoming van de Dienst voor alimentatievorderingen eventueel als een daad van bewaring kunnen beschouwen, ondanks de verplichte bijdrage in de werkingskosten. De aanvraag strekt er immers toe de daadwerkelijke betaling te bekomen van het onderhoudsgeld waar de minderjarige krachtens een uitvoerbare titel recht op heeft.
Voorwaarde is wel dat de minderjarige voldoende onderscheidingsvermogen heeft en er een belangenconflict bestaat tussen de minderjarige en zijn wettelijke vertegenwoordigers of de wettelijke vertegenwoordigers niet kunnen of – zonder gegronde reden – niet willen optreden. Eventueel kan de aanvraag door een advocaat worden ingediend.

646. Om volledig te zijn, moet de aanvraag de volgende gegevens bevatten[124]:
- de naam, voornamen, geboortedatum, geboorteplaats en (laatst gekende) woonplaats, zowel van onderhoudsgerechtigde als van de onderhoudsplichtige; het is enigszins vreemd dat de onderhoudsgerechtigde enkel naar zijn woonplaats wordt gevraagd, terwijl het voldoende is dat hij in België zijn gewone verblijfplaats heeft[125];
- het bedrag van de alimentatievordering;

---

122 In tegenstelling tot de O.C.M.W.'s (art. 68*ter*, § 1, eerste lid O.C.M.W.-wet).

123 J. PAUWELS, "De onbekwaamheid van minderjarigen en sociale zekerheid" in X. (ed.), *Raakvlakken tussen sociale zekerheid en andere rechtstakken*, Deel II, Brussel, Larcier, 1979, nr. 24 en 41 en P. SENAEVE en D. SIMOENS, *o.c.*, nr. 175 en 364; cf. R. v. St. 7 oktober 1988, *T. Gem.* 1989, 289, noot L. VENY.

124 Art. 7, tweede lid Wet Dienst Alimentatievorderingen.

125 In het standaardaanvraagformulier wordt de onderhoudsgerechtigde wel de mogelijkheid geboden om zijn gewone verblijfplaats op te geven, mocht zijn woonplaats zich in het buitenland bevinden.

- de datum en het bedrag van de termijnen waaraan de onderhoudsplichtige zich geheel of gedeeltelijk heeft onttrokken;
- de opdracht aan de Dienst voor alimentatievorderingen om de integrale termijnen van het onderhoudsgeld en de achterstallen te innen of in te vorderen;
- in voorkomend geval, de stukken met betrekking tot een ingebrekestelling of andere uitvoeringsmaatregelen die de onderhoudsgerechtigde heeft ondernomen om de verschuldigde bedragen in te vorderen. Uit de zinsnede "*in voorkomend geval*" blijkt duidelijk dat de onderhoudsgerechtigde niet verplicht is om eerst zelf uitvoeringsmiddelen aan te wenden (*supra* nr. 621).

647. Bij de aanvraag voegt de onderhoudsgerechtigde de uitgifte of de grosse van de gerechtelijke beslissing, de schikking of de (notariële) akte waarin het onderhoudsgeld werd vastgesteld of gewijzigd en alle stukken van betekening en tenuitvoerlegging.[126]
Door de onderhoudsgerechtigde te verplichten deze stukken aan de Dienst te overhandigen, wil men vermijden dat de onderhoudsgerechtigde na de aanvraag – in een parallelle procedure – zelf overgaat tot de gedwongen tenuitvoerlegging.[127]

2. Kennisgeving van de aanvraag

648. Onmiddellijk na ontvangst van de (volledige) aanvraag, geeft de Dienst voor alimentatievorderingen de onderhoudsplichtige bij een ter post aangetekende brief kennis van de aanvraag. De brief vermeldt uitdrukkelijk dat indien de tegemoetkoming wordt toegestaan, voortaan de Dienst in de plaats van de onderhoudsgerechtigde de onderhoudsgelden zal innen en desnoods invorderen[128].

649. Vanaf de datum van het aangetekende schrijven, beschikt de onderhoudsplichtige over een termijn van vijftien dagen om aan te tonen dat hij zijn onderhoudsverplichting wel regelmatig is nagekomen of dat de aangevoerde titel niet meer actueel is.[129] De titel is niet meer "actueel", indien de verplichting die erin vervat ligt, is uitgedoofd.[130] Zo heeft de titel bijvoorbeeld geen gevolgen meer ingeval de periode waarvoor de onderhoudsuitkering door de rechter werd opgelegd, is verstreken. Als er echter nog niet-verjaarde achterstallen zijn, dan is de onderhoudsverplichting tot

---

126 Artikel 7, derde lid Wet Dienst Alimentatievorderingen.
127 Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 50-52.
128 Artikel 8, eerste lid Wet Dienst Alimentatievorderingen.
129 Artikel 8, tweede lid Wet Dienst Alimentatievorderingen.
130 Cf. Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 151-152.

beloop van deze achterstallen nog niet uitgedoofd. De onderhoudsgerechtigde kan dan – juridisch gezien – nog steeds een beroep doen op de Dienst, enkel voor de inning en invordering van de achterstallen. Dat er geen voorschotten worden uitbetaald omdat de titel naar de toekomst toe niet meer actueel is, vormt principieel geen beletsel.

3. De tegemoetkoming wordt niet toegestaan of de Dienst beslist niet (tijdig) (art. 9 Wet Dienst Alimentatievorderingen)

650. Vanaf het ogenblik waarop de aanvraag volledig is, beschikt de Dienst over een termijn van dertig dagen om te beslissen of de onderhoudsgerechtigde recht heeft op de tegemoetkoming. De beslissing wordt bij gewone brief ter kennis gebracht van de onderhoudsgerechtigde. De Dienst is niet verplicht de aanvrager te horen vooraleer een beslissing te nemen.[131] De Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen[132] is principieel van toepassing op de beslissing van de Dienst voor alimentatievorderingen.

651. Wordt de tegemoetkoming niet toegestaan of neemt de Dienst geen beslissing binnen de dertig dagen volgend op de dag van de aanvraag, dan beschikt de onderhoudsgerechtigde over een termijn van dertig dagen om de zaak aanhangig maken bij de rechter door middel van een (eenzijdig) verzoekschrift[133].
De termijn van dertig dagen is een vervaltermijn.

652. Met het schrappen van de voorschottenregeling uit de O.C.M.W.-wet, verdwijnt de bevoegdheid van de arbeidsgerechten terzake. Voortaan is de beslagrechter bevoegd voor alle vorderingen betreffende tegemoetkomingen van de Dienst voor alimentatievorderingen.[134] De tegemoetkoming wordt dus beschouwd als een bijzonder mechanisme van tenuitvoerlegging.

---

131 Cf. art. 6 K.B. 22 augustus 1989 betreffende de voorschotten op en invordering van onderhoudsgelden verschuldigd aan kinderen, *B.S.* 26 augustus 1989: "*Het centrum is ertoe gehouden tijdens het onderzoek de aanvrager te horen indien deze het wenst*".

132 *B.S.* 12 september 1991.

133 De vordering wordt dus niet ingesteld en behandeld zoals in kort geding, wat de regel is (art. 1395, tweede lid Ger.W.).

134 Artikel 1395, eerste lid Ger.W., zoals gewijzigd door art. 3 Wet van 17 maart 2003 houdende wijziging van de artikelen 628 en 1395 van het Gerechtelijk Wetboek naar aanleiding van de wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor alimentatievorderingen bij de FOD Financiën, *B.S.* 28 maart 2003.

Alleen de rechter van de (gerechtelijke) woonplaats van de onderhoudsgerechtigde is bevoegd om kennis te nemen van het verzoekschrift van de onderhoudsgerechtigde[135].
Het gaat hier om een dwingende – geen aanvullende – bevoegdheid van de beslagrechter; een beroep bij de Raad van State is uitgesloten.[136]

653. De beslagrechter dient na te gaan of aan de wettelijke voorwaarden voor de tegemoetkoming is voldaan. Is hij van oordeel dat de onderhoudsgerechtigde recht heeft op de tegemoetkoming, staat hij de tegemoetkoming toe in de plaats van de Dienst voor alimentatievorderingen. Dit is een logisch gevolg van het feit dat ook tegen het uitblijven van een beslissing beroep kan worden ingesteld.[137] De beslagrechter beslist dus ten gronde over de vraag of de onderhoudsgerechtigde recht heeft op de tegemoetkoming vanwege de Dienst.
Logischerwijze moet de onderhoudsgerechtigde de zaak ook aan de beslagrechter kunnen voorleggen, indien de tegemoetkoming wordt toegestaan, maar het bedrag van de voorschotten niet juist werd berekend.
Meer in het algemeen rijst de vraag of voor de onderhoudsgerechtigde enkel een beroep bij de beslagrechter openstaat in de gevallen waarin de wet uitdrukkelijk in deze mogelijkheid voorziet. Met de toekenning aan de beslagrechter van de bevoegdheid om kennis te nemen van alle vorderingen betreffende tegemoetkomingen van de Dienst voor alimentatievorderingen, is nog niet gezegd dat dergelijke vorderingen steeds mogelijk zijn. Dit lijkt nochtans wel de strekking te zijn die tijdens de debatten in de bevoegde kamercommissie aan de desbetreffende bevoegdheidsbepaling werd toegekend: "*In verband met art. 1395 van het Gerechtelijk Wetboek geeft de minister de voorkeur aan een zo ruim mogelijke formulering, zodat de beroepen betrekking kunnen hebben op alle bepalingen van het wetsvoorstel en niet uitsluitend op de in art. 9 bedoelde bepaling*".[138] Een ruime interpretatie is ook wenselijk, gelet op de vaststelling dat de wet slechts twee keer uitdrukkelijk voorziet in een beroepsmogelijkheid bij de beslagrechter – art. 9, § 3, en art. 19 Wet Dienst Alimentatievorderingen (*infra* nr. 682) – en men een beroep bij de Raad van State heeft willen uitsluiten (*supra* nr. 652).

---

135 Artikel 628, 19° Ger.W., zoals gewijzigd door art. 2 Wet van 17 maart 2003 houdende wijziging van de artikelen 628 en 1395 van het Gerechtelijk Wetboek naar aanleiding van de Wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor alimentatievorderingen bij de FOD Financiën, *B.S.* 28 maart 2003. Krachtens deze wet wordt het tweede "17°" in art. 628 Ger. W. een "18°" en wordt dit artikel met een nieuw "19°" aangevuld. De nieuwe adoptiewet doet net hetzelfde, zodat art. 628 Ger. W. thans in plaats van twee "17°"-en, twee "19°"-en bevat.

136 Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 153-154 en 159.

137 Advies van de Raad van State nr. 33.404/3, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/011, 8.

138 Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 159.

654. Indien men aanneemt dat de minderjarige onder bepaalde voorwaarden zelf en zelfstandig de aanvraag tot tegemoetkoming kan indienen (*supra* nr. 645), dan moet men hem onder dezelfde voorwaarden ook toelaten de negatieve beslissing of de ontstentenis van een beslissing vanwege de Dienst voor alimentatievorderingen aan te vechten voor de beslagrechter.

4. De tegemoetkoming wordt door de Dienst of de beslagrechter toegestaan

655. Indien de Dienst (tijdig) beslist de tegemoetkoming toe te staan, wordt de beslissing bij gewone brief ter kennis gebracht van de onderhoudsgerechtigde.[139]

656. Indien de tegemoetkoming – door de Dienst of de beslagrechter – wordt toegestaan, geeft de Dienst per aangetekende brief kennis aan de onderhoudsplichtige dat voortaan de Dienst tot inning en invordering van het onderhoudsgeld en de achterstallen zal overgaan[140].
De kennisgeving bevat:
- de identiteit van de onderhoudsgerechtigde;
- de titel van de alimentatievordering;
- een overzicht van de te betalen sommen en de data waarop ze moeten worden betaald;
- het nummer van de rekening van de Dienst waarop het onderhoudsgeld moet worden betaald[141]; blijkbaar kan de onderhoudsplichtige voortaan slechts geldig betalen door middel van een overschrijving of storting;
- in voorkomend geval, de aanduiding van de sommen waarvoor de kennisgeving als ingebrekestelling geldt[142].

657. Hoewel de onderhoudsplichtige na de aanvraag zijn opmerkingen inzake de gegrondheid van de aanvraag kan overmaken aan de Dienst, wordt hem door de wet niet uitdrukkelijk de mogelijkheid geboden om tegen de beslissing tot tegemoetkoming als dusdanig beroep aan te tekenen bij de beslagrechter, die dan zou kunnen nagaan of aan de voorwaarden voor de tegemoetkoming is voldaan. Nochtans heeft hij er belang bij dat de wet wordt nageleefd, voornamelijk omdat de tegemoetkoming van de Dienst aanleiding geeft tot een verhoging met 10% van de door hem verschuldigde bedragen.

---

139 Artikel 9, § 2 Wet Dienst Alimentatievorderingen.
140 Artikel 10, § 1, eerste lid Wet Dienst Alimentatievorderingen.
141 Artikel 10, § 1, tweede lid Wet Dienst Alimentatievorderingen.
142 Artikel 10, § 2 Wet Dienst Alimentatievorderingen.

Vanaf het ogenblik dat de Dienst overgaat tot de gedwongen tenuitvoerlegging, belet evenwel niets de onderhoudsplichtige een vordering in te stellen bij de beslagrechter van de plaats van beslag[143], op grond van diens algemene bevoegdheid om kennis te nemen van alle vorderingen betreffende middelen van tenuitvoerlegging[144]. De beslagrechter kan dan de *rechtmatigheid* en de *regelmatigheid* van het aangewende middel van tenuitvoerlegging onderzoeken.[145] Indien de bezwaren van de onderhoudsplichtige betrekking hebben op zijn (achterliggende) verhouding met de onderhoudsgerechtigde, dan kan de beslagrechter eventueel maatregelen treffen in afwachting van de beslechting van het geschil door de bodemrechter.[146] Mijns inziens moet ook dit geval de bevoegdheid van de beslagrechter ruim worden geïnterpreteerd. De beslagrechter moet ook op initiatief van de onderhoudsplichtige kunnen onderzoeken of aan alle wettelijke voorwaarden voor het optreden van de Dienst is voldaan en met name

- of de onderhoudsvordering nog actueel is;
- of de onderhoudsplichtige inderdaad niet heeft betaald in de zin van de wet;
- of de beperkingen op grond van de bestaansmiddelen van de onderhoudsplichtige zich tegen de invordering verzetten (*infra* nr. 675);
- of de onderhoudsplichtige zijn woonplaats of gewone verblijfplaats (nog) wel in België heeft;
- of het ingevorderde bedrag wel klopt
- en of de onderhoudsplichtige gedeeltelijk aan de onderhoudsgerechtigde heeft betaald.

658. De wet bepaalt niet vanaf wanneer een beslissing tot tegemoetkoming uitwerking heeft, met andere woorden voor welke termijnen voorschotten moeten worden betaald.[147] Het is niet duidelijk wat uit dit stilzwijgen moet worden afgeleid. Men kan terzake twee stellingen verdedigen: ofwel acht men de beslissing *declaratief* en werkt ze terug tot de (geldige) aanvraag, ofwel acht men ze *constitutief* en heeft ze enkel uitwerking naar de toekomst toe.

De eerste stelling verdient de voorkeur. Elke onderhoudsgerechtigde die aan de wettelijke voorwaarden – zowel de formele als materiële – voldoet, heeft een subjectief recht op tegemoetkoming vanwege de Dienst voor

---

143 Artikel 633 Ger.W.

144 Artikel 1395 Ger.W.

145 Advies van de Raad van State nr. 33.404/3, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/011, nr. 29; B. MAES, *Inleiding tot het gerechtelijk privaatrecht*, Brugge, Die Keure, 2001, 76.

146 Artikel 1395, tweede lid Ger.W. *juncto* art. 1039 en 584 Ger. W.

147 In de huidige O.C.M.W.-regeling heeft de beslissing uitwerking vanaf de eerste dag van de termijn tijdens dewelke de aanvraag op geldige wijze werd ingediend (art. 68*ter*, § 1, tweede lid O.C.M.W.-wet).

alimentatievorderingen. De onderzoeksperiode dient enkel om na te gaan of de onderhoudsgerechtigde inderdaad voldoet aan de vereisten gesteld door de wet. Noch de Dienst, noch de beslagrechter heeft inzake het toestaan van de tegemoetkoming een discretionaire bevoegdheid. Zij kunnen enkel vaststellen dat de onderhoudsgerechtigde op het ogenblik van de aanvraag krachtens de wet al dan niet recht had op de tegemoetkoming en dus op voorschotten.
Bijgevolg zullen voorschotten moeten worden betaald op alle termijnen die vervallen zijn in de periode tussen het indienen van de volledige aanvraag en de beslissing tot tegemoetkoming.

659. Vanaf de kennisgeving van de beslissing waarbij de tegemoetkoming wordt toegestaan, tot aan de kennisgeving van de beëindiging van de tegemoetkoming, kan de onderhoudsplichtige enkel aan de Dienst voor alimentatievorderingen bevrijdend betalen[148]. Nochtans worden gedeeltelijke betalingen aan de onderhoudsgerechtigde aangerekend op het bedrag van de voorschotten (*supra* nrs. 634-635).
Het verdient aanbeveling de tekst van deze bepaling op te nemen in de aangetekende brief gericht aan de onderhoudsplichtige.

F. Meldingsplicht van de meest gerede partij of een derde

660. Ieder nieuw gegeven dat van invloed kan zijn op het bedrag van de voorschotten of van het onderhoudsgeld of op de inning en de invordering van deze sommen, moet door de meest gerede partij of door een derde worden gemeld aan de Dienst voor alimentatievorderingen.[149]
De onderhoudsgerechtigde moet de Dienst van die gegevens op de hoogte brengen. Komt hij zijn meldingsplicht niet na, dan kan de Dienst de onterecht betaalde sommen terugvorderen en loopt hij het risico te worden gestraft (*infra* nrs. 679 e.v.).
Vaak heeft ook de onderhoudsplichtige er belang bij deze gegevens aan de Dienst te melden.
Voor zover het gaat om andere derden dan die bedoeld in art. 22 Wet Dienst Alimentatievorderingen (zie *infra*), lijkt de informatieverplichting van "*een derde*" in de zin van art. 10, § 4 Wet Dienst Alimentatievorderingen eerder een vage oproep dan een gerichte verplichting.

661. Onder meer de volgende gegevens kunnen van invloed zijn:
– het feit dat de onderhoudsgerechtigde zijn woonplaats of gewone verblijfplaats naar het buitenland overbrengt;

---

148 Artikel 10, § 3 Wet Dienst Alimentatievorderingen.
149 Artikel 10, § 4 Wet Dienst Alimentatievorderingen.

- de (gedeeltelijke) betaling(en) die hij van de onderhoudsplichtige heeft ontvangen;
- ieder (nieuw) gegeven omtrent (het vermogen van) de onderhoudsplichtige dat voor de inning of invordering dienstig kan zijn;
- de beslissingen van de bodemrechter – bijvoorbeeld de vrederechter – waarbij het bedrag van het onderhoudsgeld wordt gewijzigd of waarbij het onderhoudsgeld wordt opgeheven. Dat de Dienst hiervan op de hoogte moet worden gebracht, vloeit voort uit het feit dat hij enkel voor de *inning en invordering* van het onderhoudsgeld in de plaats van of in naam en voor rekening van de onderhoudsgerechtigde optreedt (*infra* nr. 671). Het initiatief inzake het *principe*, het *bedrag* en de *betalingsmodaliteiten* van het onderhoudsgeld, laat de wetgever volledig over aan de onderhoudsgerechtigde en de onderhoudsplichtige.[150] Terzake komt de Dienst niet tussenbeide.

662. Hoewel dit niet uitdrukkelijk in de wet is voorzien, impliceert de meldingsplicht vervat in art. 10, § 4 Wet Dienst Alimentatievorderingen de bevoegdheid voor Dienst om ambtshalve de beslissing tot toekenning van een voorschot te herzien zodra hij kennis heeft gekregen van een nieuw gegeven dat terzake een weerslag kan hebben.[151]
Om het bedrag van het voorschot ambtshalve te kunnen wijzigen, moet de invloed van het nieuwe gegeven effectief zijn. Zo mag de Dienst het bedrag van het voorschot niet wijzigen op basis van een gewijzigde vermogensverhouding tussen de onderhoudsgerechtigde en de onderhoudsplichtige, zolang het bedrag van het onderhoudsgeld niet effectief bij een uitvoerbare titel aan deze vermogenswijziging werd aangepast.

G. Einde (art. 11 Wet Dienst Alimentatievorderingen)

663. In de wet zijn twee gronden tot beëindiging van de opdracht van de Dienst bepaald.
Vooreerst kan de onderhoudsgerechtigde op elk ogenblik afzien van de tegemoetkoming. In tegenstelling tot de aanvraag tot tegemoetkoming, kan de afstand van tegemoetkoming zowel schriftelijk als mondeling. De Dienst blijft minstens belast met de inning en invordering van de reeds betaalde voorschotten.

664. Daarnaast eindigt de betaling van voorschotten van rechtswege, zodra de onderhoudsplichtige gedurende zes opeenvolgende maanden – niet

---

150 P. SENAEVE en D. SIMOENS, *o.c.*, nr. 397.

151 Cf. art. 5 K.B. 22 augustus 1989 betreffende de voorschotten op en invordering van onderhoudsgelden verschuldigd aan kinderen, *B.S.* 26 augustus 1989.

termijnen[152] – alle termijnen van het onderhoudsgeld aan de Dienst voor alimentatievorderingen heeft betaald. Opdat de tegemoetkoming op deze wijze een einde zou nemen, moeten mijns inziens ook alle achterstallen van vóór de aanvraag zijn betaald.
Deze wijze van beëindiging zou de onderhoudsplichtige moeten aanzetten tot betaling. De onderhoudsgerechtigde heeft er immers alle belang bij dat de tegemoetkoming eindigt, gelet op zijn niet geringe bijdrage in de werkingskosten van de Dienst.
Opdat de tegemoetkoming zou eindigen, moeten de betalingen gedurende zes opeenvolgende maanden vrijwillig, regelmatig – dit is tijdig en geheel – en aan de Dienst voor alimentatievorderingen geschieden. Een laattijdige betaling of (gedeeltelijke) betaling aan de onderhoudsgerechtigde, stuit de periode van regelmatige betaling.

665. In tegenstelling tot de O.C.M.W.-regeling[153], bevat de wet geen algemene grond tot beëindiging van de tegemoetkoming ingeval niet meer voldaan is aan alle toepassingsvoorwaarden van de wet.
Niettemin moet worden aangenomen dat de tegemoetkoming ook eindigt zodra niet meer is voldaan aan alle grondvoorwaarden voor de toepassing van de wet.
Zo komt er een einde aan de tegemoetkoming indien:
- de onderhoudsgerechtigde zijn woonplaats of gewone verblijfplaats naar het buitenland overbrengt (*supra* nr. 631);
- het onderhoudsgeld – om welke reden dan ook – wordt opgeheven;
- indien de periode waarvoor het onderhoudsgeld werd opgelegd of afgesproken, is verstreken;
- indien de onderhoudsgerechtigde of de onderhoudsplichtige overlijdt; de onderhoudsverplichting is immers een persoonlijke verplichting die niet automatisch overgaat op de erfgenamen.

666. De Dienst blijft steeds belast met de inning en invordering van de voorschotten betaald vóór het zich voordoen van de grond tot beëindiging en met de inning, invordering en doorstorting van de overeenstemmende saldi en de achterstallen.

667. De Dienst geeft van de beëindiging van de tegemoetkoming bij gewone brief kennis aan de onderhoudsgerechtigde. De kennisgeving aan de onderhoudsplichtige geschiedt bij een per post aangetekende brief en vermeldt dat vanaf de datum van de beëindiging van de tegemoetkoming, enkel de betalingen aan de onderhoudsgerechtigde bevrijdend zijn. Indien

---

152 Cf. art. 68*ter*, § 10, tweede lid O.C.M.W.-wet: "(…) *vier opeenvolgende termijnen* (…)".
153 Artikel 68*ter*, § 10, tweede lid O.C.M.W.-wet.

de Dienst gebruik heeft gemaakt van de ontvangstmachtiging verkregen door de onderhoudsgerechtigde (*infra* nr. 673), dan moeten ook de derden-schuldenaars bij een per post aangetekende brief op de hoogte worden gebracht van de beëindiging van de tegemoetkoming.

668. Na de beëindiging van de tegemoetkoming, kan deze opnieuw worden aangevraagd van zodra aan alle voorwaarden is voldaan.

§ 3. DE INNING EN INVORDERING VAN DE ALIMENTATIE-VORDERING

A. Ten laste van de onderhoudsplichtige

1. De aard van het recht van de Dienst (art. 12 Wet Dienst Alimentatievorderingen)

669. Wanneer de Dienst overgaat tot de inning en invordering van het onderhoudsgeld en de achterstallen, oefent hij – behalve wat betreft de bijdrage van de onderhoudsplichtige in de werkingskosten – geen eigen recht uit.
Aangezien de Dienst tot beloop van het bedrag van de voorschotten de schuld van de onderhoudsplichtige in diens plaats heeft betaald, is de Dienst tot beloop van dit bedrag gesubrogeerd in de rechten van de onderhoudsgerechtigde. De Dienst treedt op in eigen naam en voor eigen rekening, doch beschikt enkel over de rechten die aan de onderhoudsgerechtigde toekomen.
Tot beloop van het saldo en de achterstallen, beschikt de Dienst over een wettelijk mandaat en treedt hij bijgevolg op in naam en voor rekening van de onderhoudsgerechtigde.
In beide gevallen kan de onderhoudsplichtige aan de Dienst alle excepties tegenwerpen die hij tevens ten aanzien van de onderhoudsgerechtigde kan laten gelden.

670. Het optreden van de Dienst is beperkt tot de *burgerlijke* rechten en vorderingen. Het strekt zich niet uit tot de zogenaamde "strafrechtelijke accessoria".[154] Zodoende kan de Dienst voor alimentatievorderingen geen

[154] Cf. Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 163.

strafprocedure op gang brengen[155] om de onderhoudsgerechtigde te doen veroordelen wegens verlating van familie.[156]

671. Enkel met het oog op de *inning en invordering* van het onderhoudsgeld en de achterstallen treedt de Dienst op in de plaats of als lasthebber van de onderhoudsgerechtigde. In de achterliggende onderhoudsverhouding tussen de onderhoudsgerechtigde en de onderhoudsplichtige komt de Dienst niet tussen.

2. Wijze van inning en invordering (art. 13-16 Wet Dienst Alimentatievorderingen)

672. Voor het geval de onderhoudsplichtige de verschuldigde sommen niet vrijwillig betaalt, beschikt de Dienst – naast de gemeenrechtelijke middelen van tenuitvoerlegging – over een middel van invordering dat eigen is aan de fiscale administratie, namelijk het dwangbevel. De Dienst kan dit middel niet eerder aanwenden dan één maand na de kennisgeving aan de onderhoudsplichtige van de tegemoetkoming. De invordering door middel van een dwangbevel geschiedt overeenkomstig art. 94 van de Wetten op de rijkscomptabiliteit, gecoördineerd op 17 juli 1991.
Na de betekening van het dwangbevel bij deurwaardersexploot, kan de Dienst bij aangetekend schrijven uitvoerend beslag onder derden leggen op de bedragen en zaken die een derde verschuldigd is aan de onderhoudsplichtige. Deze laatste wordt per aangetekende brief van het beslag in kennis gebracht. Op dit beslag onder derden is art. 85*bis*, § 1, tweede en derde lid, § 2 en § 3 W.B.T.W. van toepassing.

673. Indien de onderhoudsgerechtigde een ontvangstmachtiging heeft bekomen, kan de Dienst zijn beslissing tot tegemoetkoming bij een per post aangetekende brief ter kennis brengen van de derde-schuldenaar, die vanaf dan slechts aan de Dienst bevrijdend kan betalen.
Hieruit volgt dat de Dienst voor alimentatievorderingen niet zelf een vordering kan instellen tot het bekomen van een ontvangstmachtiging. Een dergelijke machtiging betreft immers de achterliggende onderhoudsverhouding – met name de betalingsmodaliteiten –, waarin de Dienst niet tussenbeide komt (*supra* nrs. 661 en 671).

---

155 Door een gewone klacht, een klacht met stelling als burgerlijke partij of een rechtstreekse dagvaarding.

156 H. FUNCK, "La solidarité collective au secours de solidarités familiales défaillantes. La loi du 8 mai 1989 concernant l'octroi d'avances sur pensions alimentaires et le recouvrement de ces pensions, ainsi que ses arrêtés d'exécution", *Soc. Kron.* 1989, 327 en P. SENAEVE en D. SIMOENS, *o.c.*, nr. 398. Cf. Wetsvoorstel betreffende de invordering van alimentatievorderingen, *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-659/1, art. 12, waarin de mogelijkheid tot burgerlijke partijstelling door de administratie wel werd voorzien.

674. Indien de onderhoudsplichtige een collectieve schuldenregeling heeft verkregen, wordt de Dienst voor de toepassing van de desbetreffende bepalingen als een schuldeiser van onderhoudsgelden beschouwd. De Dienst ontsnapt hierdoor aan de volledige gelijkheid tussen de samenlopende schuldeisers.

3. Beperkingen (art. 16 Wet Dienst Alimentatievorderingen)

675. Zoals elke onderhoudsschuldeiser, is de Dienst niet gebonden door de beperkingen voorzien in art. 1409, art. 1409*bis* en art. 1410, § 1, § 2, 1° tot 6°, § 3 en § 4 Ger.W.[157]
Nochtans mag geen enkele invordering geschieden zolang de onderhoudsplichtige het leefloon ontvangt[158] of indien hij over bestaansmiddelen beschikt die lager liggen dan of gelijk zijn aan het leefloon waarop hij aanspraak kan maken. De invordering mag evenmin tot gevolg hebben dat de onderhoudsplichtige over bestaansmiddelen beschikt die lager liggen dan het leefloon waarop hij aanspraak kan maken. Met deze beperkingen, wil de wetgever vermijden dat de onderhoudsplichtige tengevolge van de invordering in de armoede belandt, zeker nu geen bestaanmiddelengrens meer geldt voor de onderhoudsgerechtigde. Is de onderhoudsplichtige van mening dat de Dienst deze beperkingen niet naleeft, kan hij de zaak aanhangig maken bij de beslagrechter op grond van diens bevoegdheid om kennis te nemen van alle vorderingen met betrekking tot middelen van tenuitvoerlegging.[159]
Van zodra de beperkingen niet meer gelden, kan de Dienst opnieuw tot de invordering overgaan, ook van de bedragen waarvan de invordering gedurende de voorbije periode werd geschorst en die nog niet zijn verjaard conform art. 2277 B.W.[160]

676. Over de wijze waarop het onderzoek naar de bestaansmiddelen moet verlopen en met welke bestaansmiddelen precies rekening moet worden gehouden, behoudt de wetgever – nog steeds – het stilzwijgen.

4. Inlichtingen die door derden moeten worden verstrekt

677. Om de invordering te garanderen, zijn alle openbare diensten of instellingen van openbaar nut verplicht op hun kosten de Dienst voor alimentatievorderingen alle nuttige inlichtingen te verschaffen die betrek-

---

157 Cf. art. 1412 Ger. W. Deze bepaling verwijst echter ook naar art. 1410, § 2, 7° Ger.W.
158 Cf. art. 1410, § 2, 7° Ger.W.
159 Artikel 1395, eerste lid Ger.W.
160 P. SENAEVE en D. SIMOENS, *o.c.*, nr. 385.

king hebben op de bestaansmiddelen, de woonplaats of de verblijfplaats van de onderhoudsplichtige.[161] De Koning wordt belast met de uitwerking van de regels inzake de toepassing van deze bepaling.

678. Daarnaast kan de Dienst de vrederechter van de woonplaats van de onderhoudsplichtige verzoeken de privé-personen die hij aanwijst (bijvoorbeeld werkgever, bank) te bevelen alle inlichtingen mee te delen of alle documenten over te zenden in verband met het bedrag van het inkomen of andere goederen van de onderhoudsplichtige.[162] De vraag geschiedt bij eenzijdig verzoekschrift.
Aldus wordt de mogelijkheid gecreëerd voor de administratie om ook buiten het kader van een proces inlichtingen in te winnen via een beroep op een magistraat.[163] De Dienst moet er evenwel over waken geen inbreuk te plegen op de reglementering betreffende het beroepsgeheim.
Gelet op de gebruikte bewoordingen, lijkt de vrederechter niet zonder meer verplicht het verzoek van de Dienst in te willigen.

B. Terugvordering ten laste van de onderhoudsgerechtigde

679. De wet somt limitatief een aantal gevallen op waarin de Dienst de betaalde sommen geheel of gedeeltelijk van de onderhoudsgerechtigde kan terugvorderen[164]. De Dienst kan van deze mogelijkheid gebruik maken wanneer:

- de onderhoudsgerechtigde de Dienst niet in kennis heeft gesteld van ieder nieuw gegeven dat van invloed kan zijn op het bedrag van de voorschotten of van de alimentatievordering en waarvan hij kennis had[165];
- de onderhoudsgerechtigde wetens en willens een onjuiste of onvolledige verklaring heeft afgelegd;
- komt vast te staan dat het onderhoudsgeld op basis van bedrieglijke handelingen of verklaringen werd bepaald. Welke situaties onder deze laatste hypothese vallen, is niet geheel duidelijk. Moet dit bedrog eerst door een rechter worden vastgesteld? Gaat het hier enkel om gevallen van herroeping van gewijsde[166]?

---

161 Artikel 22, eerste lid Wet Dienst Alimentatievorderingen. Cf. art. 68*ter*, § 6, eerste lid O.C.M.W.-wet.
162 Artikel 22, tweede lid Wet Dienst Alimentatievorderingen. Cf. art. 68*ter*, § 6, tweede lid O.C.M.W.-wet.
163 Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 113-114.
164 Artikel 17, eerste lid Wet Dienst Alimentatievorderingen.
165 Cf. art. 10, § 4 Wet Dienst Alimentatievorderingen.
166 Artikelen 1132 e.v. Ger.W.

680. Het K.B. van 31 mei 1933 betreffende de verklaringen af te leggen in verband met subsidies, vergoedingen en toelagen[167], is van toepassing op de onderhoudsgerechtigde. Dit K.B. voorziet in strafsancties voor de persoon die:

- weet of moest weten dat hij geen recht meer heeft op het gehele bedrag van een tegemoetkoming, dit niet verklaart en de tegemoetkoming ontvangt;
- wetens en willens onjuiste of onvolledige verklaringen aflegt inzake de aanvraag, tot het bekomen of behouden, van een tegemoetkoming; het ontvangen of behouden van de tegemoetkoming vormt in dit geval een verzwarende omstandigheid;
- de tegemoetkoming voor andere doeleinden aanwendt dan die waarvoor ze werd bekomen.

De strafrechter kan eventueel rekening houden met verzachtende omstandigheden.[168]
Ingeval de onderhoudsgerechtigde wordt veroordeeld, lijkt de terugvordering verplicht te zijn.[169]

681. Enkel ingeval de onterechte betaling te wijten is aan het (foutieve) gedrag van de onderhoudsgerechtigde, kan de Dienst de betaalde sommen terugvorderen. Indien de onterechte betaling louter voortvloeit uit het feit dat voor de tegemoetkoming enkel een uitvoerbare en geen definitieve titel is vereist en de onderhoudsgerechtigde dus te goeder trouw is, kan de Dienst de bedragen niet terugvorderen. De onderhoudsplichtige zal zich dan rechtstreeks tot de onderhoudsgerechtigde moeten wenden.

682. De ten onrechte uitbetaalde sommen worden teruggevorderd door middel van een dwangbevel. De terugvordering geschiedt op dezelfde wijze als de invordering bij dwangbevel van de onderhoudsplichtige.[170]
Binnen een vervaltermijn van drie maanden vanaf de betekening van het dwangbevel, kan de onderhoudsgerechtigde een vordering instellen bij de beslagrechter.[171] Deze vordering stuit de tenuitvoerlegging van het dwangbevel.[172] De beslagrechter kan dan onderzoeken of de terugvordering

---

167 *B.S.* 1 juni 1933.

168 Boek I van het Strafwetboek is immers van toepassing op deze misdrijven (art. 4 voormeld K.B.).

169 Cf. art. 3 K.B.

170 Artikelen 18 en 20 Wet Dienst Alimentatievorderingen.

171 Aangezien hier niet wordt bepaald dat het beroep bij verzoekschrift gebeurt, wordt de vordering ingesteld en behandeld zoals in kort geding (art. 1395, tweede lid Ger.W.).

172 Artikel 19 Wet Dienst Alimentatievorderingen.

terecht is, dit wil zeggen of de door de Dienst aangevoerde grond tot terugvordering zich daadwerkelijk heeft voorgedaan.
Aangezien het hier niet meer gaat om een betwisting betreffende *een aanvraag tot tegemoetkoming*[173], is – naar de letter van de wet – de rechter van de plaats van beslag bevoegd[174].

683. Of de Dienst bij de terugvordering in naam en voor rekening van de onderhoudsplichtige optreedt, is – bij gebreke van een uitdrukkelijke bepaling – niet zeker. Ook rijst de vraag of de eventuele invorderingskosten door de Dienst, dan wel door de onderhoudsplichtige worden gedragen. De Dienst betaalt de onterecht geïnde of ingevorderde bedragen, alsook de kosten die daarmee gepaard zijn gegaan, terug aan de onderhoudsplichtige. De terugbetaling geschiedt slechts naargelang de bedragen die werkelijk worden teruggevorderd.[175] Hoewel de onderhoudsplichtige niet belast is met de invordering van de onterecht betaalde bedragen, blijft het risico van niet-betaling te zijnen laste.[176]

§ 4. ONTVANGSTEN EN UITGAVEN MET BETREKKING TOT ONDERHOUDSGELDEN

A. Toerekening van de ontvangsten (art. 23 Wet Dienst Alimentatievorderingen)

684. Wanneer de Dienst van de onderhoudsplichtige een betaling ontvangt, moet deze volgens een strikte rangorde aan de verschillende posten worden toegerekend. De betaling wordt achtereenvolgens in mindering gebracht van:
– de invorderingskosten die door de Dienst werden voorgeschoten;
– de werkingskosten bedoeld in art. 5 Wet Dienst Alimentatievorderingen;
– de interesten;
– de toegekende voorschotten;
– het verschil tussen het bedrag van de alimentatievordering en het bedrag van het toegekende voorschot;
– het bedrag van de achterstallen die bestonden op de datum van de aanvraag tot tegemoetkoming.

---

173 Artikel 628, 19° Ger.W.
174 Artikel 633 Ger.W.
175 Artikel 21 Wet Dienst Alimentatievorderingen.
176 Advies van de Raad van State nr. 33.404/3, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/011, 12, nr. 36.

685. De wet bepaalt nergens dat de aanrekening per termijn dient te geschieden, wat als een lacune kan worden beschouwd.[177] Aldus ontstaat immers het risico dat de Dienst de betalingen die zij na een aantal vervallen niet-betaalde termijnen ontvangt, eerst aanwendt om alle invorderingskosten, werkingskosten, interesten en voorschotten voor de vervallen termijnen te voldoen, vooraleer de betaling in mindering te brengen van het saldo en de achterstallen die aan de onderhoudsgerechtigde moeten worden doorgestort.[178]
Gelet op de uitbreiding van de tegemoetkoming tot de achterstallen, lijkt de aanrekening per termijn evenwel te impliceren dat eerste *alle* achterstallen betaald moeten zijn, vooraleer men de betalingen op de tweede termijn kan beginnen toerekenen.
Een verduidelijking vanwege de wetgever betreffende de precieze wijze van aanrekenen, is wenselijk.

B. Financiële verrichtingen (art. 24-27 Wet Dienst Alimentatievorderingen)

686. Een rekenplichtige wordt belast met het beheer van de financiële rekening die hij opent met het oog op de ontvangst van het onderhoudsgeld, de betaling van het saldo en de achterstallen, de terugbetaling aan de onderhoudsplichtige van de onterecht betaalde bedragen en het betalen van de invorderingskosten. De Minister van Financiën stelt de voorwaarden en modaliteiten vast voor de opening, het gebruik en de afsluiting van de financiële rekening. De Minister van Begroting wordt op de hoogte gebracht van het openen en het afsluiten van de rekening.
Alle ontvangsten en uitgaven op de financiële rekening worden geacht te geschieden voor rekening van derden.

687. De bedragen die overeenstemmen met de betaalde voorschotten, worden in de schatkist gestort. De bedragen van de ontvangen saldi, achterstallen en overeenstemmende nalatigheidsinteresten[179], worden doorgestort aan de onderhoudsgerechtigde. De bedragen van de onverschuldigde betalingen worden teruggestort aan de onderhoudsplichtige. De Minister van Financiën is belast met de bepaling van de voorwaarden en de modaliteiten van deze verrichtingen.

---

177 Cf. art. 13 K.B. 22 augustus 1989 betreffende de voorschotten op en invordering van onderhoudsgelden verschuldigd aan kinderen, *B.S.* 26 augustus 1989.

178 P. SENAEVE en D. SIMOENS, *o.c.*, nr. 404 en 405.

179 Immers, in de nieuwe regeling wordt nergens bepaald dat – in afwijking van de regel – de nalatigheidsinteresten toekomen aan de Dienst (in tegenstelling tot de vroegere regeling; zie P. SENAEVE en D. SIMOENS, *l.c.*, nr. 90).

De stortingen aan de onderhoudsgerechtigde geschieden in beginsel op de bankrekening die in het aanvraagformulier wordt opgegeven.

688. Indien de rekenplichtige vaststelt dat de invordering van de *voorschotten* onmogelijk is, kan de invorderingsopdracht door de Minister van Financiën of zijn gemachtigde voor onbepaalde tijd worden uitgesteld. Is de invordering opnieuw mogelijk, dan gaat de rekenplichtige opnieuw over tot de invordering.
Is de rekenplichtige van oordeel dat de voorschotten definitief oninvorderbaar zijn, kan de Minister van Financiën van de invordering afzien en de schuldvordering annuleren.

689. Indien de rekenplichtige vaststelt dat de invordering van het *saldo, de achterstallen of de interesten* onmogelijk is, wordt de invordering voor onbepaalde tijd uitgesteld. Hij geeft daarvan bij een ter post aangetekende brief kennis aan de onderhoudsgerechtigde. Deze laatste kan de rekenplichtige verzoeken de invordering te hervatten, indien hij nieuwe elementen met betrekking tot het inkomen of het vermogen van de onderhoudsplichtige kan meedelen.
Is de rekenplichtige van oordeel dat het saldo, de achterstallen of de interesten definitief oninvorderbaar zijn, kan de Minister van Financiën van de invordering afzien en de schuldvordering annuleren. De rekenplichtige geeft bij een ter post aangetekende brief kennis van de beslissing tot annulatie aan de onderhoudsgerechtigde.

§ 5. FISCALE BEPALINGEN (ART. 28 WET DIENST ALIMENTATIEVORDERINGEN)

690. Om de kosten van de procedures inzake de tegemoetkoming van de Dienst voor alimentatievordering te drukken, zijn de akten, vonnissen en arresten betreffende de tegemoetkoming vrijgesteld van registratie- en zegelrechten.

§ 6. OPRICHTING VAN EEN EVALUATIECOMMISSIE (ART. 29 WET DIENST ALIMENTATIEVORDERINGEN)

691. Bij de FOD Financiën wordt tevens een “commissie tot evaluatie van de Wet van 21 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor alimentatievorderingen bij de FOD Financiën” opgericht. Deze commissie wordt belast met het jaarlijks opmaken van een evaluatieverslag en het voorleggen van

adviezen, op basis waarvan de nieuwe regeling eventueel kan worden bijgestuurd.
De jaarlijkse verslagen worden overhandigd aan de Minister van Begroting en aan de Minister van Financiën, die ze – aangevuld met de bemerkingen van beide ministers – voorlegt aan de federale Wetgevende Kamers.
De Koning bepaalt de samenstelling en de werking van de commissie, die in elk geval uit een gelijk aantal leden van elk geslacht bestaat. Hoewel de commissie wordt opgericht bij de FOD Financiën, zal ze volgens de Minister van Financiën niet louter zijn samengesteld uit ambtenaren van de FOD Financiën. Ook andere belangengroepen die betrokken zijn bij de problematiek, zullen vertegenwoordigd zijn in de evaluatiecommissie.[180] Dit zou de kwaliteit en de geloofwaardigheid van de evaluatieverslagen en de adviezen ten goede moeten komen.

[180] Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 155.

HOOFDSTUK III.
BESLUIT

692. Samenvattend kan men stellen dat de voorschottenregeling gevoelig werd uitgebreid.
Op de eerste plaats is de regeling nu ook van toepassing op het onderhoudsgeld verschuldigd tussen echtgenoten en tussen samenwonenden. Hierbij kan echter de bedenking worden gemaakt dat de wetgever misschien niet ver genoeg is gegaan door de regeling niet kortweg uit te breiden tot *alle* onderhoudsgelden.
Daarnaast wordt geen rekening meer gehouden met de bestaansmiddelen van de onderhoudsgerechtigde. De wetgever heeft de voorschottenregeling willen onttrekken aan het domein van de maatschappelijke dienstverlening. Men kan zich de vraag stellen of de wetgever de voorschottenregeling niet beter had voorbehouden aan de onderhoudsgerechtigden die er – gelet op hun geringe bestaansmiddelen – echt nood aan hebben. Het onderliggende probleem blijft dat van de (gedwongen) uitvoering van gerechtelijke beslissingen en authentieke akten. Er moeten goede redenen zijn om terzake voor bepaalde personen een gunstregime te creëren dat afwijkt van het gemene recht. Men kan natuurlijk aanvoeren dat er inderdaad goede redenen zijn, zoals de bijzondere aard van de onderhoudsverplichting en het feit dat de niet-uitvoering van (bepaalde) onderhoudsverplichtingen strafrechtelijk wordt gesanctioneerd.

693. Of de overheveling van heel de regeling naar de FOD Financiën de effectiviteit ervan ten goede zal komen, moet de toekomst uitwijzen. Weliswaar bestaat reeds in de huidige regeling de mogelijkheid om de Administratie van het kadaster, de registratie en de domeinen te belasten met de invordering van het onderhoudsgeld.[181] Deze procedure is echter facultatief en omslachtig.
Wellicht zal het optreden van de Dienst een afschrikwekkend effect hebben, omdat als het ware "*de fiscus er zich mee gaat bemoeien*".[182]
Ook is het dwangbevel een krachtig middel om de betaling van het onderhoudsgeld te bekomen.
Daarnaast beschikt de fiscale administratie reeds over heel wat gegevens betreffende het vermogen van iedere burger – en dus ook van de onder-

[181] Artikel 68*ter*, § 8 O.C.M.W.-wet.
[182] Verslag, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 1627/018, 82.

houdsplichtige – en heeft zij ervaring met de invordering van niet-fiscale schulden.[183]
Het feit dat de opdracht aan één centrale Dienst bij de FOD Financiën werd toevertrouwd, heeft als bijkomend voordeel dat principieel op het gehele Belgische grondgebied op een eenvormige wijze wordt tegemoetgekomen.
Of de drempelvrees om de stap te zetten naar de "fiscale administratie" – in plaats van naar het O.C.M.W. – kleiner zal zijn, is niet zeker en kan enkel worden vermoed.

694. Hoewel de O.C.M.W.'s ontlast werden van de voorschottenregeling, blijven zij op basis van hun algemene plicht tot passende hulp belast met het informeren, begeleiden en doorsturen van de onderhoudsgerechtigden. Eventueel staan zij de onderhoudsgerechtigde (of de onderhoudsplichtige) juridisch bij in de gerechtelijke procedures betreffende het onderhoudsgeld. Ook financieel kunnen de O.C.M.W.'s zich genoodzaakt zien een (aanvullende) rol te spelen.

695. Tot slot dient nog opgemerkt te worden dat de wetgever niet heeft voorzien in een overgangsregeling voor de onderhoudsgerechtigden die op 1 september 2004 voorschotten ontvangen van de O.C.M.W.'s. Aangezien de bepalingen waaraan de O.C.M.W.'s rechtstreeks hun bevoegdheid ontlenen, op 1 september 2004 worden opgeheven en de nieuwe regeling op die dag in werking treedt, hebben deze personen geen subjectief recht meer op voorschotten van de O.C.M.W.'s. Zij zullen bijgevolg een nieuwe aanvraag moeten indienen bij de Dienst voor alimentatievorderingen.

[183] Wetsvoorstel tot oprichting bij het Ministerie van Financiën van een begrotingsfonds voor alimentatievorderingen, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1627/001, 9.

DEEL VIII
DE WET TOT TOEWIJZING VAN DE GEZINSWONING EN TOT VERZWARING VAN DE STRAFSANCTIES BIJ PARTNERGEWELD

HILDE VANBOCKRIJCK

Assistente K.U.Leuven
Advocaat

HOOFDSTUK I.
INLEIDING EN HISTORIEK

§ 1. TOTSTANDKOMING

696. Op 12 februari 2003 verscheen in het *Belgisch Staatsblad* de Wet van 28 januari 2003 die ertoe strekt het geweld tussen partners tegen te gaan. Deze wet is er gekomen op initiatief van de regering, meer bepaald van de ministers van Justitie en van Arbeid en Gelijke kansenbeleid, en kadert in de strijd van de regering tegen het geweld op vrouwen.

697. Deze strijd situeert zich in een ruimere en internationale context. Zo heeft de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties in december 1993 de verklaring over de uitroeiing van geweld tegen vrouwen goedgekeurd, die de Staten onder meer uitnodigt om "*de mogelijkheid te onderzoeken, nationale actieplannen uit te werken met de bedoeling de bescherming van de vrouwen tegen elke vorm van geweld te bevorderen, of daartoe bepalingen in te voegen in de bestaande plannen*."[1]

Op de vierde Wereldvrouwenconferentie van de Verenigde Naties in Peking in september 1995 verbonden de deelnemende regeringen er zich toe om elke vorm van geweld tegen en discriminatie van vrouwen te voorkomen en uit te bannen.

698. In België werd een eerste stap genomen in het raam van deze strijd met de Wet van 24 november 1997, strekkende om het geweld tussen partners tegen te gaan, die een aantal leemtes in de strafwetgeving inzake het geweld tegen vrouwen (en kinderen) heeft weggewerkt.[2] Maatregelen op burgerrechtelijk gebied werden bij deze wet niet genomen.

699. De federale regering heeft in de Ministerraad van 11 mei 2001 een federaal actieplan tegen het geweld op vrouwen goedgekeurd, met als één der prioritaire actielijnen het geweld binnen het koppel. De bedoeling van dit plan was onder meer het bestuderen van mogelijke verbeteringen om deze vorm van geslachtsgebonden geweld te bestrijden.[3]

---

1 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/006, p. 3; *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 1362/3, p. 1-2.

2 L. STEVENS, "De Wet van 24 november 1997 strekkende om het geweld tussen partners tegen te gaan", *E.J.* 1998, 18-32.

3 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/001, p. 3.

De gegevens die verkregen werden, onder meer uit een studie van professor BRUYNOGHE van het Limburgs Universitair Centrum te Diepenbeek uit 1998[4], toonden aan dat steeds meer vrouwen het slachtoffer zijn van geweld door hun partner (fysiek en seksueel geweld), en dat anderzijds fysiek geweld in relaties een kwestie is van vrouwenmishandeling eerder dan van partnergeweld.[5]

700. Teneinde deze praktijk te verhelpen en te voldoen aan de in het raam van de strijd tegen partnergeweld opgenomen internationale en nationale verbintenissen, werd door de regering een wetsontwerp ingediend dat op zeer korte tijd heeft geresulteerd in de Wet van 28 januari 2003 tot bestrijding van partnergeweld. Het wetsontwerp werd ingediend door de regering op 14 maart 2002, en op 17 oktober aangenomen door de Kamer, waarna het op 18 oktober 2002 werd overgezonden naar de Senaat, die het op 23 oktober 2002 evoceerde. Op 28 januari werd de wet reeds aangenomen, om op 12 februari 2003 in het *Belgisch Staatsblad* te worden gepubliceerd.

701. Hoewel het wetsontwerp initieel bedoeld was tot bescherming van vrouwen, slachtoffer van partnergeweld, is de nieuwe wet – uiteraard – genderneutraal.

§ 2. DOELSTELLING

702. De wet beoogt een betere bescherming te verlenen aan slachtoffers van geweld tussen partners. Anders dan bij de eerste wet tot bestrijding van geweld tussen partners, de zogenaamde wet-Lizin van 24 november 1997, waarbij enkel maatregelen op strafrechtelijk gebied werden ingevoerd, wordt deze bescherming door de nieuwe wet verwezenlijkt door het invoeren van nieuwe maatregelen zowel op strafrechtelijk als op burgerrechtelijk gebied.

Op strafrechtelijk gebied blijven de nieuwe maatregelen beperkt: de nieuw ingevoerde wettelijke bescherming vertaalt zich in een verstrenging van

---

4 R. BRUYNOGHE, S. NOELANDERS en S. OPDEBEECK, *Geweld ondervinden, gebruiken en voorkomen*, Diepenbeek, Rapport ten behoeve van de Minister van Arbeid en Gelijke Kansenbeleid M. Smet, 1998, 177.

5 Een analyse van de rechtspraktijk inzake geweld binnen het huwelijk is niet gebeurd, hetgeen nochtans wenselijk was geweest om het wetsontwerp te doen beantwoorden aan de verwachtingen van de magistraten die het zullen moeten toepassen. *Parl. St.* Senaat, 2002-03, nr. 1326/3, p. 4.

de reeds bestaande strafrechtelijke sanctie voor feiten van partnergeweld, door deze van 6 maanden op één jaar te brengen.[6]

Op burgerrechtelijk vlak wordt de bescherming van het slachtoffer geconcretiseerd door de toekenning van een voorkeurpositie aan het slachtoffer van partnergeweld inzake de toewijzing van de gezinswoning.[7]

§ 3. TOEPASSINGSGEBIED

703. Tussen december 2000 en november 2001 hebben de Katholieke Universiteit Leuven en de Université Libre de Bruxelles, in opdracht van de vice-eerste minister en de minister van Werkgelegenheid, een studie over het gerechtelijk beleid inzake geweldpleging binnen het gezin uitgevoerd. In de conclusies van deze studie werd gepleit voor een gecoördineerde totaalbehandeling van geweldpleging tussen partners.[8]

704. Deze gecoördineerde totaalbehandeling is er niet gekomen: veeleer dan te voorzien in een afzonderlijke en gecoördineerde regelgeving inzake partnergeweld, heeft de wetgever er namelijk voor geopteerd om de nieuwe beschermingsbepalingen in te voegen in de reeds bestaande strafrechtelijke regeling van partnergeweld (art. 410 Sw.), en de burgerrechtelijke bepalingen omtrent de toewijzing van de gezinswoning (de art. 223 B.W., 1479 B.W., 1280 Ger.W. en 1447 B.W.), die elk hun eigen en onderscheiden toepassingsgebied kennen.

Hieruit vloeit voort dat de nieuwe regeling geen eenvormig toepassingsgebied kent, en dat bijvoorbeeld het begrip "partner" in de onderscheiden luiken van de nieuwe regeling anders wordt ingevuld.

---

6 Art. 2 van de Wet van 28 januari 2003.

7 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/001, p. 4.; art. 3, 4, 5 en 6 van de Wet van 28 januari 2003.

8 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/006, p. 18.

HOOFDSTUK II.
STRAFRECHTELIJK LUIK

§ 1. VERZWARING VAN DE STRAFRECHTELIJKE SANCTIE

A. De Wet-Lizin: verhoging van de minimumstraf

705. De Wet van 24 november 1997, de zogenaamde "Wet-Lizin" tot bestrijding van het geweld binnen het koppel, heeft in het Strafwetboek het begrip van misdaad of wanbedrijf ingevoerd[9], begaan tegen een partner of ex-partner, als verzwarende omstandigheid[10] bij de gevallen van vrijwillige slagen en verwondingen (misdrijven bedoeld in de art. 398 tot 405 Sw.).

Alwaar vóór de invoering van de Wet-Lizin opzettelijke slagen en verwondingen tegen de partner werden bestraft overeenkomstig de artikelen 398-405 Sw, werden zij ingevolge de Wet-Lizin gestraft krachtens art. 410 Sw., hetgeen tot gevolg had dat de minimumstraffen verhoogden als volgt: verdubbeling van de minimum correctionele gevangenisstraf, en verhoging met twee jaar van de minimumstraf indien het opsluiting, tijdelijke hechtenis of dwangarbeid betrof.[11]

706. Deze wetgeving liet evenwel de onderzoeksrechter niet toe om, in het geval van partnergeweld, een aanhoudingsmandaat af te leveren. De maximumstraf was immers bepaald op zes maanden gevangenisstraf (oud art. 410, eerste lid, 392 en 398 S.W.), terwijl ingevolge art. 16, § 1 van de Wet van 20 juli 1990 betreffende de Voorlopige Hechtenis de mogelijkheid om een bevel tot aanhouding te verlenen beperkt is tot de gevallen waarin de feiten een correctionele hoofdgevangenisstraf van een jaar of een zwaardere straf tot gevolg kunnen hebben.

---

9 Oud art. 410, derde lid Sw.; sedert de Wet van 28 november 2000 art. 410, tweede lid Sw. Zie L. STEVENS, "De Wet van 24 november 1997 strekkende om het geweld tussen partners tegen te gaan", *E.J.* 1998, 18-32.

10 Deze is gegrond op de relatie van de dader tot het slachtoffer en is bijgevolg van subjectieve of persoonlijke aard. L. STEVENS, "Slagen en verwondingen tussen (ex-)partners" in *X., Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, p. 121, nr. 9.

11 C. VERSCHUEREN, "De Wet van 24 november 1997 ertoe strekkende het geweld tussen partners tegen te gaan: een schoolvoorbeeld van hedendaagse wetgeving?", *R.W.* 1998-99, 1060, nr. 8.

B. De Wet van 28 januari 2003: verhoging van de maximumstraf

707. Om het probleem van het aanhoudingsmandaat op te lossen, heeft de Wet van 28 januari 2003 (art. 2) een aanvulling ingevoerd bij de reeds bestaande strafrechtelijke regel inzake partnergeweld, met name het art. 410, tweede lid Sw., en heeft het maximum van de straf in de gevallen van vrijwillige slagen en verwondingen tegen een partner of ex-partner verhoogd door deze van zes maanden op een jaar gevangenisstraf te brengen, zodat de wet op de voorlopige hechtenis kan worden toegepast.[12]

Volgens de wetgever zal de mogelijkheid van aanhouding tot gevolg hebben dat intrafamiliaal geweld een grotere prioriteit zal krijgen bij de vervolging.[13]

C. Geen toepassing van het Oostenrijkse model

708. Een amendement dat ertoe strekte een regeling van onmiddellijke verwijdering van de dader van partnergeweld uit de gezinswoning in te voeren[14] werd niet aangehouden. Dergelijke regeling van onmiddellijke verwijdering bestaat in Oostenrijk, en laat de politiediensten toe om bij crisistoestanden op te treden, ingeval niet wordt beslist de dader in voorlopige hechtenis te plaatsen.

Volgens de Belgische wetgever biedt de thans doorgevoerde mogelijkheid tot toepassing van de wet op de voorlopige hechtenis evenwel voldoende waarborgen, en zou de invoering van het Oostenrijkse model aan de politiediensten buitensporig veel bevoegdheden verlenen. Voorts staat de burgerrechtelijke procedure van het kort geding open in geval van urgentie, zodat het slachtoffer in voorkomend geval de zaak aanhangig kan maken bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg bij eenzijdig verzoekschrift.[15]

§ 2. TOEPASSINGSGEBIED

A. Ratione personae: tegen welke personen

709. In de reeds bestaande wettelijke regeling, waarin de nieuwe beschermingsbepaling is ingevoegd, worden gewelddaden beoogd, gepleegd tegen

---

12 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/006, p. 5.
13 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/006, p. 9.
14 *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 1326/2, p. 5.
15 *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 1362/3, p. 10-11.

"*de echtgenoot of de persoon met wie hij samenwoont, of heeft samengewoond, of een duurzame affectieve en seksuele betrekking heeft of heeft gehad*" (art. 410, tweede lid S.W.)

710. Het geslacht van de dader en van het slachtoffer is irrelevant; zowel mannen als vrouwen kunnen dader of slachtoffer zijn van partnergeweld.[16] Ook een verschil in geslacht tussen dader en slachtoffer is niet noodzakelijk; ook geweld binnen homoseksuele relaties is zwaarder strafbaar.[17] Ten slotte is ook de leeftijd van de partners onbelangrijk.[18]

De bijkomende strafverzwaring die thans is ingevoegd, kent hetzelfde toepassingsgebied als de reeds bestaande regeling en is dan ook van toepassing op alle personen die geweld plegen jegens hun (ex-)echtgenoot of (ex-)partner.

1. Echtgenoten en ex-echtgenoten

a. Echtgenoten

711. Echtgenoten worden *nominatim* vermeld in art. 410, tweede lid Sw., en vallen dan ook automatisch in het toepassingsgebied *ratione personae* van de strafverzwaring inzake partnergeweld. Het is niet vereist dat zij nog samenleven of een duurzame affectieve en seksuele relatie onderhouden; het gehuwd zijn volstaat.[19] Derhalve vallen de feitelijk gescheiden echtgenoten en de echtgenoten die van tafel en bed zijn gescheiden onder het toepassingsgebied van deze regeling, zonder dat dienen te bewijzen dat zij hebben samengeleefd en een duurzame affectieve en seksuele relatie hebben gehad.

Dit betekent dat ook ingeval van schijnhuwelijk – waar er bijvoorbeeld nooit een duurzame affectieve en seksuele relatie bestaan heeft – de strafverzwaring inzake partnergeweld van toepassing is.[20]

b. Ex-echtgenoten

712. Ex-echtgenoten worden niet als een afzonderlijke categorie in art. 410, tweede lid Sw. vermeld, zodat dient nagegaan te worden of zij

---

16 *Parl. St.* Senaat, 1995-96, nr. 269/1, p. 6.
17 *Parl. St.* Senaat 1995-96, nr. 269/2, p. 4.
18 *Parl. St.* Kamer 1996-97, nr. 949/5, p. 18.
19 *Parl. St.* Senaat 1996-97, nr. 269/4, p. 13.
20 L. STEVENS, "Slagen en verwondingen tussen ex-partners", in *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, p. 123, nr. 17.

beschouwd kunnen worden als een ex-partner zoals omschreven in art. 410, tweede lid Sw. Dit betekent dat het openbaar ministerie, en desgevallend het slachtoffer dat zich als burgerlijke partij stelde, de bewijslast dragen dat dader en slachtoffer hebben samengeleefd en het bestaan van een affectieve en seksuele relatie in het verleden moeten aantonen.[21]

713. Ingeval een huwelijksrelatie beëindigd wordt door een echtscheiding zullen ex-echtgenoten normaliter als ex-partners tot het toepassingsgebied van de strafverzwaring behoren omdat zij in het verleden samenleefden en er toen tussen hen een duurzame affectieve relatie bestond.[22] Bewijs hiervan dient wel geleverd te worden.

Ingeval evenwel een schijnhuwelijk vernietigd wordt, kan een vroegere echtgenoot buiten het toepassingsgebied van de regeling vallen, namelijk ingeval het samenleven van de echtgenoten of het bestaan van een duurzame affectieve en seksuele relatie in het verleden niet bewezen wordt.[23]

2. Andere partners en ex-partners

a. Partners: samenleven en een duurzame affectieve en seksuele relatie hebben

714. Ook andere partners vallen onder het toepassingsgebied van deze wettelijke bepaling, voor zover zij samenleven of hebben samengeleefd én een duurzame affectieve en seksuele relatie hebben of hebben gehad. Het criterium op basis waarvan een niet-gehuwde als iemands partner wordt beschouwd, is het samenleven of samengeleefd hebben van beide personen enerzijds en het hebben of gehad hebben van een duurzame affectieve en seksuele relatie anderzijds.

Deze voorwaarden zijn cumulatief[24]; noch het geweld tussen personen die samenleven maar geen duurzame affectieve en seksuele relatie (gehad) hebben, noch het geweld tussen personen die een duurzame affectieve en seksuele relatie (gehad) hebben zonder ooit samen te leven, leidt tot een strafverzwaring.

---

21 C. VERSCHUEREN, "De Wet van 24 november 1997 ertoe strekkende het geweld tussen partners tegen te gaan: een schoolvoorbeeld van hedendaagse wetgeving?", *R.W.* 1998-99, 1061.

22 L. STEVENS, "Slagen en verwondingen tussen ex-partners", *o.c.*, p. 123, nr. 19.

23 L. STEVENS, "Slagen en verwondingen tussen ex-partners", *o.c.*, p. 123, nr. 20.

24 C. VERSCHUEREN, *o.c.*, p. 1062, nr. 24.

De wet maakt op strafrechtelijk gebied geen onderscheid tussen de wettelijk samenwonenden en de feitelijk samenlevenden; het is niet vereist dat de partners een verklaring van wettelijke samenwoning hebben afgelegd. Evenmin is vereist dat de partners officieel op hetzelfde adres wonen.[25] Samenleven dient feitelijk geïnterpreteerd te worden, en dus niet als het hebben van eenzelfde woonplaats in de zin van art. 36 Ger.W.[26]

b. Ex-partners: samengeleefd hebben en een duurzame affectieve en seksuele relatie gehad hebben

715. Ook in dit geval dienen beide elementen in een zelfde tijdvak bestaan te hebben. De wetgever heeft geen termijn vastgesteld die niet verstreken mag zijn tussen het einde van de relatie en het plegen van het geweld. De strafverzwaring blijft dus steeds van toepassing nadat de relatie beëindigd is.[27]

B. Ratione materiae: met betrekking tot welke misdrijven

716. De strafrechtelijke regel is enkel van toepassing voor daden van fysiek geweld, met name de misdrijven opgesomd in de art. 398 tot 405 Sw., met andere woorden de feiten die gekwalificeerd kunnen worden als opzettelijk doden (niet doodslag genoemd) en opzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel, met uitzondering van de misdrijven waarbij slagen en verwondingen worden toegebracht door obstructie van het verkeer.

Het toepassingsgebied *ratione materiae* omvat:
- het basismisdrijf opzettelijke slagen en verwondingen (art. 398 Sw.),
- opzettelijke slagen en verwondingen met een ziekte of tijdelijke arbeidsongeschiktheid als gevolg (art. 399 Sw.),
- opzettelijke slagen en verwondingen met een ongeneeslijk lijkende ziekte, een permanente arbeidsongeschiktheid, het volledig verlies van het gebruik van een orgaan of een zware verminking als gevolg (art. 400 Sw.),
- opzettelijke slagen en verwondingen – zonder het oogmerk om te doden- die de dood van het slachtoffer als gevolg hebben (art. 401 Sw.)
- het opzettelijk toedienen van stoffen die de gezondheid zwaar kunnen schaden met een ziekte of een tijdelijke arbeidsongeschiktheid als gevolg (art. 402 Sw.)

---

25 C. VERSCHUEREN, *o.c.*, p. 1062, nr. 25.

26 L. STEVENS, "De Wet van 24 november 1997 strekkende om het geweld tussen partners tegen te gaan", *o.c.*, p. 20, nr. 16.

27 L. STEVENS, "Slagen en verwondingen tussen ex-partners", *o.c.*, p. 126-127, nr. 37.

– het opzettelijk toedienen van deze stoffen met een ongeneeslijk lijkende ziekte, een permanente arbeidsongeschiktheid of het volledig verlies van het gebruik van een orgaan als gevolg (art. 403 Sw.)
– het opzettelijk toedienen van deze stoffen – zonder het oogmerk om te doden – die de door van het slachtoffer tot gevolg hebben (art. 404 Sw.);
– de poging om deze stoffen toe te dienen zonder het oogmerk om te doden (art. 405 Sw.).

717. Daden van psychisch geweld (*stalking*, bedreiging, laster, …) komen niet in aanmerking. Een voorstel om de toepassingsvoorwaarden van de verzwarende omstandigheden in art. 410, tweede lid Sw. uit te breiden tot de gevallen van seksueel geweld, ongewenste intimiteiten, laster en smaad, wanneer die door de partner begaan worden, werd niet aanvaard.[28]

718. Ten slotte moet nog worden benadrukt dat de strafverzwaring enkel geldt ten aanzien van de misdrijven van slagen en verwondingen toegebracht aan de (ex) partner, niet ten aanzien van de bloedverwanten in opgaande lijn (410, eerste lid Sw.).

[28] *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 1326/3, p. 4. Ook tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet-Lizin werd het niet realistisch geacht om vormen van psychisch geweld binnen een relatie in een wettelijke regeling te vatten. *Parl. St.* Senaat 1995-96, nr. 269/2.

HOOFDSTUK III.
BURGERRECHTELIJK LUIK

SITUERING

719. De Wet van 28 januari 2003 beoogt tevens de verhoging van de bescherming van het slachtoffer van partnergeweld op burgerrechtelijk vlak, met name op het gebied van de toewijzing van de gezinswoning.

De wetgever heeft zich gesteund op de overweging dat bij partnergeweld het slachtoffer vaak besluit om de woning te verlaten, met alle gevolgen vandien voor het slachtoffer en eventueel voor de kinderen.[29] Teneinde de "*materiële gevolgen van de scheiding te verzachten*",[30] wordt aan het slachtoffer een voorkeurpositie toegekend inzake de voorlopige dan wel definitieve toewijzing van de gezinswoning.

Het burgerlijke luik valt dan ook uiteen in twee deelgebieden, met name de voorlopige toewijzing van het genot van de verblijfplaats en de definitieve toewijzing van de gezinswoning.

§ 1. DE VOORLOPIGE TOEWIJZING VAN HET GENOT VAN DE ECHTELIJKE RESPECTIEVELIJK GEMEENSCHAPPELIJKE VERBLIJFPLAATS

A. Nieuw wettelijk criterium

720. Gehuwden of wettelijk samenwonenden die zich in een verstoorde gezinssituatie bevinden, hebben de mogelijkheid zich via geëigende procedures tot de rechter te wenden, en specifieke maatregelen te vragen betreffende hun persoon, hun goederen en hun kinderen.

Als maatregelen omtrent de persoon kunnen worden gevraagd:
– de machtiging om afzonderlijk verblijf te houden in de gezinswoning;[31]

---

29 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/001, p. 5; nr. 1693/006, p. 4. Enige concrete onderzoeksgegevens waarop deze vaststelling is gesteund, werden niet bijgebracht.

30 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/001, p. 6.

31 In het raam van een procedure dringende voorlopige maatregelen. Vanaf het uitbrengen van de dagvaarding tot echtscheiding wordt de samenwoningsplicht der echtgenoten automatisch opgeschort, zodat deze maatregel in het raam van een procedure voorlopige maatregelen niet meer gevraagd dient te worden.

- het opleggen van het bevel aan de andere echtgenoot/wettelijk samenwonende om de gezinswoning te ontruimen binnen een bepaalde termijn;
- het opleggen van het verbod aan de echtgenoten/wettelijk samenwonenden om elkaars afzonderlijke verblijfplaatsen te betreden, op straffe van uitdrijving, desnoods met de openbare macht.[32]

721. Onder het vroegere recht beschikte de rechter die moest beslissen over de voorlopige toewijzing van het genot van de gezinswoning, hetzij bij wijze van dringende voorlopige maatregel tussen gehuwden (art. 223 B.W.) respectievelijk tussen wettelijk samenwonenden (art. 1479 B.W.), hetzij bij wijze van voorlopige maatregel tussen gehuwden tijdens de echtscheidingsprocedure (art. 1280 Ger.W.), over een soevereine beoordelingsmacht om de gescheiden verblijfplaatsen te bepalen.[33]

722. De praktijk toonde dat de magistraten zich bij hun uitspraak voornamelijk baseerden op vijf types van criteria[34], namelijk:
- de toekenning van het ouderlijk gezag en van de voornaamste huisvesting van de kinderen;
- de behoeften van de beroepsactiviteit van één van de echtgenoten;
- het initiatief voor de scheiding van het koppel;
- de fout van één van de echtgenoten;
- de financiële of vermogensrechtelijke facetten van de situatie van het koppel.

723. Bij de voorbereiding van de Wet van 28 januari 2003 werd wel degelijk rekening gehouden met het feit dat in de praktijk de echtgenoot die ernstige gewelddaden verrichtte, zelden toegelaten werd het genot van de echtelijke verblijfplaats te behouden.[35]

Desalniettemin heeft de wetgever het nodig geacht, op basis van de vaststelling dat het foutcriterium in de praktijk slechts in aanmerking genomen werd naast andere criteria, en teneinde het lot van de vrouwen die slachtoffer zijn van gewelddaden draaglijker te maken, om hen materieel in een voordelige positie te stellen door wettelijk voorrang te verlenen aan een

---

32 P. SENAEVE, *Compendium van het Personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 6de uitg. 2003, Boekdeel 3, nr.1718, nr. 1725-2 en nr. 1836.

33 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/001, p. 6.

34 J.-L. RENCHON, "La jouissance du logement familial après la séparation du couple", in *Le logement familial*, Diegem, Kluwer, 1999, 140.

35 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/001, p. 6.

van de vijf hoger vermelde criteria, te weten de schuld van de partner die geweld binnen de relatie heeft begaan.[36]

724. De Wet van 28 januari 2003 (art. 3, 5 en 7) ontneemt de rechter aldus zijn vroegere soevereine beoordelingsmacht indien er sprake is van partnergeweld, en creëert een nieuw wettelijk en prioritair criterium voor de toewijzing van het genot van de gezinswoning. De echtgenoot of wettelijk samenwonende die daarom in het raam van (dringende) voorlopige maatregelen verzoekt, krijgt het genot toegewezen van de echtelijke of gemeenschappelijke verblijfplaats:

– indien de andere partner zich tegenover hem/haar schuldig heeft gemaakt aan verkrachting, opzettelijke slagen en verwondingen of vergiftiging (met andere woorden de misdrijven bedoeld in de art. 375, 398-400, 402, 403 en 405 Sw.)
– indien de andere partner gepoogd heeft hem/haar te verkrachten, te doden met het oogmerk te doden, te vermoorden of te vergiftigen (poging tot inbreuk op de art. 375, 393, 394, 397 Sw.)
– indien er ernstige aanwijzingen voor dergelijke gedragingen bestaan.

Slechts in uitzonderlijke omstandigheden kan hier worden van afgeweken.

725. De hoger vermelde gebruikelijke criteria voor de toewijzing van het voorlopige genotsrecht van de gezamenlijke woning, zoals ontwikkeld in rechtspraak en rechtsleer, moeten dus in het geval van partnergeweld wijken voor dit nieuwe wettelijke criterium.

B. Toepassingsgebied

1. *Ratione personae*: met betrekking tot welke personen

726. Het toepassingsgebied op burgerlijk vlak is beperkt tot dat van de reeds bestaande wettelijke bepalingen inzake de procedures dringende voorlopige maatregelen en voorlopige maatregelen, waarin het nieuwe wettelijke criterium werd ingevoegd.

a. Gehuwden

727. De nieuwe regeling geldt vooreerst voor gehuwden, in gedingen voor de vrederechter, ingeval deze dringende voorlopige maatregelen beveelt

[36] *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/006, p. 5 en p. 16; *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1326/3, p. 7.

op grond van art 223, eerste lid B.W. (grovelijk plichtsverzuim) en 223, tweede lid B.W. (ernstige verstoring van de verstandhouding).[37]

De Raad van State heeft dienaangaande in zijn advies de vraag gesteld of de maatregel vervat in art. 223, derde lid B.W. van toepassing is op alle op art. 223 B.W. gegronde vorderingen, dan wel op die waarbij in het verzoekschrift uitdrukkelijk wordt verwezen naar art. 223, eerste lid B.W. (grovelijk plichtsverzuim).[38] Ingeval de vordering gesteund is op art. 223, tweede lid B.W. (ernstige verstoring van de verstandhouding) wordt immers sedert een arrest van het Hof van Cassatie van 28 november 1986[39] unaniem aanvaard dat de vrederechter zich niet (behoeft) uit te spreken over de vraag wie van de echtgenoten schuld treft aan de feitelijke scheiding. Volgens de wetgever is de nieuwe bepaling evenwel van toepassing op de vorderingen die steunen zowel op het eerste als op het tweede lid van art. 223 B.W.[40]

728. Vervolgens geldt de nieuwe regeling in de procedure tussen echtgenoten gevoerd voor de Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, ingeval deze in kort geding uitspraak doet over een vordering tot het opleggen van voorlopige maatregelen krachtens art. 1280 Ger.W., hangende een procedure tot echtscheiding (of tot scheiding van tafel en bed).

729. De regeling geldt voor alle gehuwden, ongeacht hun huwelijksvermogensstelsel, en ongeacht het eigendomsstatuut van de woning[41].

Het feit dat de gezinswoning de persoonlijke eigendom is van één der echtgenoten, belet dus niet dat het voorlopige genot ervan wordt toegewezen aan de andere echtgenoot.

b. Wettelijk samenwonenden

730. Daarnaast is de nieuwe regeling van toepassing op de wettelijk samenwonenden, die, ingeval de verstandhouding tussen de partners ernstig is verstoord, zich evenzeer kunnen wenden tot de vrederechter om dringende voorlopige maatregelen te bekomen (art. 1479 B.W.).

---

37 Nieuw derde lid van art.223 B.W., ingevoegd bij art. 3 van de Wet van 28 januari 2003.

38 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/1, p. 13.

39 Cass. 28 november 1986, *Arr. Cass* 1986-87, 426.

40 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/6, p. 20.

41 Cass. 28 september 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1452; *Div.Act.* 2001 (verkort) 51; Vred. Westerlo 10 januari 1997, *T. Vred.* 2001, noot S. MOSSELMANS.

Ook zij kunnen thans de toewijzing van de gezinswoning vragen op basis van het nieuwe wettelijke criterium.[42]

731. Voor de wettelijk samenwonenden heeft deze nieuwe regel nog verdergaande gevolgen dan voor gehuwden. Alwaar voor de gehuwden ook vóór het in voege treden van de Wet van 28 januari 2003 werd aanvaard dat het genot van de echtelijke woning kon worden toebedeeld aan de echtgenoot, niet-eigenaar van het onroerend goed, werd voor de wettelijk samenwonenden doorgaans niet aangenomen dat een rechter inbreuk kon maken op het eigendomsrecht of op een ander zakelijk recht van één der partners, zonder uitdrukkelijke wettekst.[43]

Deze uitdrukkelijke wettekst is thans voorhanden, zodat het mogelijk is dat het voorlopige genotsrecht van de gemeenschappelijke verblijfplaats wordt toebedeeld aan de partner die geen eigendomsrecht of ander zakelijk recht op de woning kan laten gelden, terwijl de partner-eigenaar deze dient te verlaten, daar er sprake is van het plegen van partnergeweld in zijner hoofde.

Het belang van dergelijke maatregel moet evenwel worden genuanceerd. Zo moet er bij de wettelijk samenwonenden door de vrederechter een tijdslimiet worden bepaald[44] (de wet legt evenwel geen maximumduur op) en vervallen de maatregelen hoe dan ook op de dag dat de wettelijke samenwoning wordt beëindigd, hetgeen onder meer mogelijk is door het afleggen van een eenzijdige verklaring (art. 1476, § 2, tweede lid B.W.) De wettelijk samenwonende niet-eigenaar van de gemeenschappelijke verblijfplaats zal dan ook maar beperkte tijd de maatregel van afzonderlijke woonst in het pand waarop hij geen zakelijke rechten kan laten gelden, kunnen genieten.

c. Niet ten aanzien van feitelijk samenlevenden

732. De feitelijk samenlevenden vallen hier uit de boot: de nieuwe regeling is op hen niet van toepassing. Voor concubanten met een verstoorde gezinsrelatie bestaat er niet iets gelijkwaardigs als de dringende voorlopige maatregelen voor gehuwden respectievelijk wettelijk samenwonenden. Artikel 223 B.W. en art. 1479 B.W. kunnen onmogelijk bij analogie

---

42 Nieuw art. 1479, vijfde lid B.W. (art. 5 van de Wet van 28 januari 2003).

43 P. SENAEVE, *o.c.*, nr. 1725-2.

44 In tegenstelling tot de dringende voorlopige maatregelen tussen gehuwden, waar dit niet wettelijk voorgeschreven is.

toegepast worden op concubanten.[45] Het Arbitragehof heeft geoordeeld dat het gelijkheidsbeginsel niet geschonden wordt door de bepaling die wél in de mogelijkheid van dringende voorlopige maatregelen voorziet bij de beëindiging van een wettelijke samenwoning, maar niet bij de verbreking van een concubinaatsrelatie.[46]

733. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd hier het onderscheid opgemerkt met het toepassingsgebied op strafrechtelijk vlak, waarbij voor een algemene formulering van het begrip "*partner*" werd gekozen zodat alle vormen van samenwoning strafrechtelijk beschermd worden.[47] Voor de wetgever primeerde echter de overweging dat twee mensen die kiezen voor een feitelijke samenwoning, ervoor opteren niet in te passen in een bestaand wettelijk stelsel dat bescherming biedt.[48] Het toepassingsgebied van de nieuwe regeling is derhalve beperkter op burgerrechtelijk vlak dan op strafrechterlijk vlak.

734. Voor de feitelijk samenlevenden blijft derhalve in geval van een crisissituatie enkel de mogelijkheid open om een beroep te doen op de gemeenrechtelijke kortgedingprocedure (art. 584, eerste lid Ger.W.)[49], teneinde een uitspraak bij voorraad uit te lokken waarbij de partner uit het pand wordt gezet. In deze procedure is het nieuwe wettelijke criterium uiteraard niet van toepassing.

d. Niet ten aanzien van de kinderen

735. Enkel gewelddaden tussen gehuwden dan wel wettelijk samenwonenden komen in aanmerking voor de toepassing van dit nieuwe wettelijke criterium; gewelddaden gepleegd ten aanzien van de (gezamenlijke) *kinderen* niet.

2. *Ratione materiae*: met betrekking tot welke misdrijven

736. De nieuwe regeling is enkel van toepassing ingeval van fysiek geweld tussen de partners, en dit zoals omschreven in de art. 398 tot 405 Sw., met name:

a) Indien een gehuwde of wettelijk samenwonende zich schuldig heeft gemaakt aan:

---

45 P. SENAEVE, *o.c.*, nr. 2097.
46 Arbitragehof 23 januari 2002, *Div. Act.* 2002, 43.
47 *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1326/3, p. 5.
48 *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 1326/3, p. 5.
49 P. SENAEVE, *o.c.*, nr. 2098.

- verkrachting (art. 375 Sw.);
- het basismisdrijf opzettelijke slagen en verwondingen (art. 398 Sw.);
- opzettelijke slagen en verwondingen met een ziekte of tijdelijke arbeidsongeschiktheid als gevolg (art. 399 Sw.);
- opzettelijke slagen en verwondingen met een ongeneeslijk lijkende ziekte, een permanente arbeidsongeschiktheid, het volledig verlies van het gebruik van een orgaan of een zware verminking als gevolg (art. 400 Sw.);
- het opzettelijk toedienen van stoffen die de gezondheid zwaar kunnen schaden met een ziekte of een tijdelijke arbeidsongeschiktheid als gevolg (art. 402 Sw.);
- de poging om deze stoffen toe te dienen zonder het oogmerk om te doden (art. 405 Sw.).

b) Indien een gehuwde of wettelijk samenwonende gepoogd heeft de andere partner:
   - te verkrachten (poging tot inbreuk op art. 375 Sw.);
   - te doden met het oogmerk te doden (poging tot inbreuk op art. 393 Sw.);
   - te vermoorden (poging tot inbreuk op art. 394 Sw.);
   - te vergiftigen (poging tot inbreuk op art. 397 Sw.).

737. Tijdens de parlementaire voorbereiding van de nieuwe wet gingen meermaals stemmen op om de regeling inzake toewijzing van de gezinswoning ook toepasselijk te maken in het geval van psychisch geweld.[50]

Hiertoe werden twee argumenten aangehaald:

a) Vooreerst werd getracht het nieuwe criterium ook toepasselijk te maken indien er herhaaldelijk ernstige bedreigingen werden geuit tot het plegen van fysiek geweld. Terzake werd geargumenteerd dat de wet aldus moet helpen voorkomen dat bedreigingen ook omgezet worden in daden. Indien de bedreigde persoon niet vóór het zich voordoen van de feiten enige maatregelen kan vragen, ontstaat er immers een onleefbare situatie, die kan (zal) uitmonden in het plegen van geweld. Derhalve dient, indien er ernstige redenen zijn om aan te nemen dat bedreigingen ook worden uitgevoerd, dit wil zeggen bij het herhaaldelijk formuleren van bedreigingen, ook de bedreigde echtgenoot van de voorgestelde bescherming te kunnen genieten, om erger te voorkomen.[51]

---

[50] *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/004, p. 3 en 4; *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/006, pp. 10, 14 en 21; *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1326/2, p. 2.

[51] *Parl. St.* Senaat, 2002-03, nr. 2-1362/2, p. 2.

Het voorstel werd niet aangenomen, omdat de nieuwe regeling zou garanderen[52] dat de rechter over voldoende materiële elementen beschikt wanneer hij zich moet uitspreken over de toewijzing van de gezinswoning aan het slachtoffer van gewelddaden, hetgeen niet het geval zou zijn indien men het toepassingsgebied zou verruimen tot bedreigingen.[53]

b) Vervolgens werd getracht om psychisch geweld in de ruime zin (dus niet enkel bedreigingen, maar ook financiële drooglegging, verwijten, beledigingen, vernederingen, pesterijen) te laten opnemen als toepassingsvoorwaarde voor de nieuwe regeling.[54] Hiervoor werd onder meer geargumenteerd dat hoewel vrouwen eerder slachtoffer zijn van fysiek geweld, het bij psychisch geweld eerder de mannen zijn die de slachtofferrol innemen.[55] Hier werd evenwel gevreesd dat dit zou leiden tot betwistingen die gerelateerd zijn aan het bestaan van wederzijdse schuldgronden, en dat dit zou leiden tot aanzienlijke complicaties op het gebied van de bewijslast.[56]
De wettekst zoals hij uiteindelijk werd aangenomen, laat er dan ook geen twijfel bestaan dat feiten van psychisch geweld niet in aanmerking genomen kunnen worden voor de nieuwe regeling. Dit betekent evenwel dat jarenlange pesterijen en vernederingen die uiteindelijk resulteren in het plegen van één enkele daad van fysiek geweld door het slachtoffer van deze praktijken, deze laatste zuur kunnen opbreken.

3. Verzoek van het slachtoffer

738. Het slachtoffer moet om de toewijzing van de gezinswoning verzoeken en hiertoe zelf het initiatief nemen, hetzij bij wijze van hoofdvordering, hetzij bij wijze van tegenvordering. De rechter mag niet suggereren aan een partij om hierom te verzoeken.[57]

Het is uiteraard mogelijk dat de toewijzing van de gezinswoning voor het slachtoffer geen geschikte oplossing is.

---

52 Men kan zich afvragen waaruit deze wettelijke garanties dan wel zouden bestaan. De wetgever omschrijft trouwens nergens de materiële elementen waar de rechter over zou moeten kunnen beschikken teneinde zich uit te spreken over de gegrondheid van de toewijzing aan het mogelijke slachtoffer.

53 *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 1326/3, p. 10.

54 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/004, p. 3-4.

55 *Parl. St* Kamer 2001-02, nr. 1693/006, p. 14.

56 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/006, p. 21.

57 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/006, p. 14

4. Geen veroordeling van de dader vereist

739. Ten slotte is niet vereist dat bewijs van de veroordeling van de dader van het partnergeweld wordt bijgebracht. De wet wordt gekenmerkt door een soepele bewijsregeling ten gunste van het slachtoffer.

C. Bewijs

1. Geen bewijs van vaststaande schuld vereist

740. De wet vereist niet dat de feiten waarop het slachtoffer zich steunt voor zijn eis, tot een veroordeling hebben geleid, zelfs niet dat een strafrechtelijk onderzoek hangende is of een klacht werd ingediend.

Volgens de wetgever is het uitgesloten op het ogenblik van de feitelijke scheiding te wachten op de afloop van een strafrechtelijke procedure. De voorlopige maatregelen zijn dringend.

Het adagium *le criminel tient le civil en état* is trouwens niet van toepassing in de procedures van (dringende en) voorlopige maatregelen[58] maar enkel in het bodemgeding van de echtscheiding (art. 1255 Ger.W.).[59]

2. Ernstige aanwijzingen van schuld volstaan

741. Evenmin is vereist dat het slachtoffer het vaststaande bewijs levert van fysiek geweld door de partner.

De wetgever heeft de bewijslast, die rust op de eisende partij conform de gangbare regels van het bewijsrecht (*actori incumbit probatio*) willen verlichten. Het slachtoffer kan derhalve volstaan met het leveren van het bewijs van *ernstige aanwijzingen van schuld*. Enige omschrijving van dit begrip wordt in de parlementaire voorbereiding nergens gegeven.[60] Loutere beweringen kunnen uiteraard niet volstaan.

---

58 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/001, p. 6; Advies Raad van State, p. 12-13.

59 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 4° uitg. door J.-P. MASSON, Brussel, Bruylant, 1990, II, nr. 750, p. 779 ; P. SENAEVE, *Handboek van familieprocesrecht*, Leuven, Acco, 1986, p. 210, nr. 441.

60 De invulling die aan dit begrip wordt gegeven in het raam van de wet op de voorlopige hechtenis (art. 16, § 5) kan hier bezwaarlijk gehanteerd worden.

Volgens de wetgever bestaat de meerwaarde van de nieuwe wet er hoofdzakelijk is, dat aldus een oplossing wordt aangereikt voor de bewijsvoering, die erg moeilijk ligt in gevallen van partnergeweld.[61]

742. Indien de vrederechter of kortgedingrechter maatregelen uitspreekt rekening houdend met ernstige aanwijzingen van schuld, mag dit uiteraard niet tot gevolg hebben dat de betrokken partij bij een eventuele strafvervolging niet meer het vermoeden van onschuld kan genieten.[62]

D. Taak van de rechter

743. Het komt aan de rechter toe de aangevoerde aanwijzingen te onderzoeken, en uit te maken of zij als voldoende ernstig kunnen worden beschouwd. Geen eenvoudige taak, daar de partij die beschuldigd wordt van partnergeweld dit niet licht zal toegeven, zeker niet gelet op de belangen die hiermee gepaard gaan, met name de toewijzing van de gezinswoning. Verder valt te vrezen dat rechters geconfronteerd zullen worden met medische attesten of verklaringen, waarbij het niet eenvoudig is uit te maken in hoeverre de hierin omschreven feiten *de visu* zijn waargenomen door de opsteller ervan.[63]

744. De taak van de rechter wordt verder nog bemoeilijkt doordat de wetgever bewust heeft nagelaten antwoord te geven op enige vragen die men zich bij de nieuwe wet kan stellen.

Zo rijst de vraag naar de door de rechter te volgen gedragslijn indien beide partijen zich aan gewelddaden hebben bezondigd, of minstens beweren dat zij beiden slachtoffer van fysiek partnergeweld zijn. Moet de rechter alsdan een afweging maken van de ernst der feiten, of moet hij alsdan stellen dat de regeling niet kan worden toegepast?[64] Een antwoord op deze vraag werd bewust niet opgenomen in wet, eensdeels om de rechter een ruime beoordelingsbevoegdheid te laten, en anderdeels omdat volgens de wetgever echtelijk geweld bijna nooit wederzijds zou zijn.[65]

Alleszins moet worden aangenomen dat wederzijdse beschuldigingen van fysiek partnergeweld de rechter niet ontslaan van zijn taak te onderzoeken of er minstens ernstige aanwijzingen van schuld voorhanden zijn in hoofde

---

61 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/006, p. 15.

62 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/006, p. 9.

63 J.-E. BEERNAERT, "Premier commentaire de la loi du 28 janvier 2003", *Div.Act.* 2003, p. 37, nr. 3.

64 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/006, p. 6, vraag F. MOERMAN.

65 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/006, p. 14.

van beide dan wel van één partner. Van zodra evenwel wordt vastgesteld dat in hoofde van beide partners minstens voldoende aanwijzingen van schuld voorhanden zijn, kan mijns inziens het nieuwe wettelijke criterium niet worden toegepast, en zal de rechter uitspraak moeten doen zoals voorheen, rekening houdend met alle elementen van de zaak. Het komt immers niet aan de rechter toe een onderzoek te voeren naar degene die het eerst een gewelddaad zou hebben gepleegd, noch kan hij een oordeel vellen over de ernst der feiten. Er anders over oordelen zou aanleiding geven tot ellenlange en bittere procedures waarin moet worden uitgemaakt wie het eerst of het ergst werd geslagen.

745. Verder rijst de vraag naar de relevantie van oude feiten, met name tot hoever het geweld mag teruggaan in de tijd, om nog in aanmerking genomen te worden[66] Er werd beslist ook deze moeilijkheid niet bij wet te regelen, teneinde aan de rechter een ruime mate van beoordelingsbevoegdheid te laten.[67]

Enerzijds kan men van het slachtoffer niet eisen dat het onmiddellijk maatregelen vordert. Angst of onwetendheid kunnen een rem voor het slachtoffer vormen. Anderzijds kunnen feiten van jaren geleden bezwaarlijk nog in aanmerking genomen worden, zeker niet ingeval de partijen na het zich voordoen der feiten verder hebben samengewoond. De rechter zal alleszins kunnen aannemen dat verzoening is opgetreden[68]

746. De noodzaak voor de rechter onderzoek te voeren en zich uit te spreken over de fout van een der echtgenoten, lijkt daarenboven contradictoir te zijn met zijn traditionele taak in het raam van (dringende) voorlopige maatregelen.

Zo dient de vrederechter thans een onderzoek naar fout te verrichten, zowel bij een vordering inzake dringende voorlopige maatregelen gesteund op art. 223,eerste lid B.W. (grof plichtsverzuim) als bij een vordering gesteund op art. 223, tweede lid B.W.[69] Nochtans wordt reeds sedert een arrest van het Hof van Cassatie van 28 november 1986[70] unaniem aanvaard, dat in dit laatste geval de vrederechter zich niet behoeft uit te spreken over de vraag wie van de echtgenoten schuld heeft met betrekking tot de feitelijke scheiding.

---

66 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/006, p. 7, vraag S. VERHERSTRAETEN.
67 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/006, p. 16.
68 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/006, p. 17.
69 Advies van de Raad van State 14 november 2001, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/001, p. 13.
70 Cass. 28 november 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 426 en *R.C.J.B.* 1989, 287.

747. Nog meer bevreemdend is het dat de voorzitter van de burgerlijke rechtbank in het raam van voorlopige maatregelen tijdens een echtscheidingsprocedure thans onderzoek moet voeren naar de fout van een der echtgenoten, en dit terwijl het hem traditioneel verboden was zich hierover uit te spreken. De schuldvraag behoort immers tot de procedure ten gronde voor de bodemrechter.[71] Als enige uitzondering op dit principe werd aanvaard, het geval waarin de voorzitter zich dient uit te spreken over een vordering tot onderhoudsgeld nadat de echtscheiding reeds is uitgesproken bij een in kracht van gewijsde getreden vonnis, ten nadele van de partij die onderhoudsgeld vordert. In dat geval rijst immers het probleem niet dat de voorzitter zou vooruitlopen op de beslissing van de echtscheidingsrechter en bestaat er geen bezwaar tegen het rekening houden met schuld door de voorzitter.[72]

E. Beperking van de beoordelingsbevoegdheid van de rechter

1. Voorontwerp van wet

748. Door de nieuwe wet wordt de beoordelingsbevoegdheid van de rechter, vrederechter of voorzitter rechtsprekend in kort geding, die zich dient uit te spreken over de toewijzing van het voorlopige genotsrecht van de gezinswoning, behoorlijk beperkt.

In het oorspronkelijke voorontwerp van wet werd zelfs aan de rechter geen enkele beoordelingsbevoegdheid gelaten, en werd de toewijzing van het genot van de gezinswoning aan het slachtoffer van partnergeweld geformuleerd als een automatisme, van zodra aan de wettelijke toepassingsvoorwaarden was voldaan.

2. Advies van de Raad van State

749. De Raad van State heeft in zijn advies dienaangaande opgemerkt, dat dit bepaalde concrete gevolgen zou kunnen hebben, die niet noodzakelijk met de bedoeling van de wetgever overeenstemmen.[73]

Zo zou de partner bij wie de kinderen hun hoofdverblijf hebben, maar die voorts feiten als bedoeld in de art. 398 tot 405 Sw. heeft gepleegd, geen aanspraak kunnen maken op het genot van de gezinswoning, hoewel zulk een

---

[71] Cass. 27 september 1990, *J.T.* 1991, 191; D. TILLEMANS, "De maatregelen aangaande het onderhoudsgeld", in P. SENAEVE (ed.), *Voorlopige maatregelen tussen echtgenoten*", Leuven, Acco, 1989, p. 137, nrs. 123 e.v.

[72] Brussel 25 april 2000 en Brussel 9 juni 2000, *E.J.* 2000, 130 resp. 132, noot J. GERLO.

[73] *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/001, p. 11.

oplossing in overeenstemming zou kunnen worden geacht met het belang van de kinderen.

Voorts zou de echtgenoot die zulke feiten zou hebben gepleegd, het genot van de gezinswoning verliezen, ook indien de echtgenoten zich intussen zouden hebben verzoend of indien naderhand op andere gronden een nieuwe vordering zou zijn ingesteld.

Ingeval de gezinswoning in eigendom toebehoort aan de partner die de feiten heeft gepleegd, zou deze ten slotte automatisch het genot van zijn goed verliezen ten voordele van de partner die het slachtoffer van die feiten is geweest, terwijl laatstgenoemde dat pand na de echtscheiding hoe dan ook moet verlaten.

3. Uitzonderlijke omstandigheden

750. De wetgever heeft met dit advies (deels) rekening gehouden, en heeft de beoordelingsbevoegdheid van de rechter enigszins hersteld, door de toevoeging van het begrip *uitzonderlijke omstandigheden,* op basis waarvan de rechter kan beslissen het genot van de gezinswoning niet toe te wijzen aan het slachtoffer van partnergeweld.

Het begrip uitzonderlijke omstandigheden is door de wetgever niet nauwkeurig omschreven, om de rechter de mogelijkheid te bieden in te spelen op de brede waaier aan mogelijke situaties. Door die vrijheid van handelen kan de rechter met de nodige soepelheid optreden.[74]

In de parlementaire voorbereiding wordt voornamelijk verwezen naar "*het belang van de kinderen*"[75], hetgeen rechtvaardigt dat de toewijzing niet gebeurt aan het slachtoffer van partnergeweld indien deze oplossing het belang van de kinderen zou schaden.[76] Ook werd gedacht aan de nieuw samengestelde gezinnen, waarin eveneens rekening gehouden moet worden met het belang van de kinderen die niet uit hetzelfde gezin geboren zijn.[77]

---

[74] *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/006, p. 16.
[75] *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-1326/3, p. 8.
[76] *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/001, p. 7; *Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-1326/3, p.6.
[77] *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/006, p.16.

Bovendien kunnen andere omstandigheden in aanmerking worden genomen, zo bijvoorbeeld het feit dat een echtgenoot in de gezinswoning een beroepsactiviteit uitoefent.[78]

Alleszins moet de rechter de uitzonderlijke omstandigheden die hij in acht neemt, met redenen omkleden.

F. Gevolgen van de voorlopige toewijzing van het genotsrecht

1. Afzonderlijke woonst

751. Volgens de wetgever wordt de schuldige aan partnergeweld de toegang tot de gezinswoning ontzegd, van zodra de rechter het genot van de echtelijke of gemeenschappelijke verblijfplaats toewijst aan de echtgenoot of wettelijk samenwonende die het slachtoffer is van gewelddaden, daar die rechterlijke uitspraak *uitvoerbaar* is.[79]

Deze vermelding in de parlementaire voorbereiding is niet correct, daar de wetgever hier vergeet het onderscheid te maken tussen de uitvoerbaarheid van een vonnis houdende dringende voorlopige maatregelen uitgaande van de vrederechter, en een beschikking in kort geding houdende voorlopige maatregelen, uitgaande van de voorzitter van de burgerlijke rechtbank.

752. Indien een gehuwde hangende een echtscheidingsprocedure in het raam van een procedure voorlopige maatregelen een beroep doet op het nieuwe wettelijke criterium en het voorlopige genotsrecht wordt hem of haar toegekend, dan is deze beschikking in kort geding immers uitvoerbaar bij voorraad krachtens art. 1039 Ger.W.

753. Het vonnis van de vrederechter, die tussen gehuwden of wettelijk samenwonenden dringende voorlopige maatregelen uitspreekt, is evenwel niet van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad. In de art. 1034*bis*-1034*sexies* Ger.W. wordt nergens gesproken over uitvoerbaarheid bij voorraad van de uitspraken op vorderingen ingeleid bij contradictoir verzoekschrift (zoals verzoekschrift art. 223 B.W. – art. 1479 B.W.) zodat deze uitspraken niet van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad zijn. De rechter kan wel, overeenkomstig de algemene regel (art. 1398, eerste lid Ger.W.) de voorlopige tenuitvoerlegging van zijn vonnis toestaan op vordering van de belanghebbende procespartij. Indien de rechter zijn uitspraak uit eigen beweging

---

78 *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1626/3, p. 8.
79 *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 1326/3, p. 5.

uitvoerbaar bij voorraad zou verklaren, zonder uitdrukkelijke vraag van een partij, zou hij *ultra petita* statueren.[80]

Derhalve mag niet vergeten worden de uitvoerbaarheid bij voorraad expliciet te vorderen in het raam van een procedure dringende voorlopige maatregelen; de vergetelheid hiertoe zou er immers toe leiden dat bij hoger beroep door de in het ongelijk gestelde partij, de nieuwe regel een maat voor niets zou blijven.

2. Geen financiële repercussies

754. De invoering van het nieuwe voorkeurcriterium voor wat betreft de toewijzing van het voorlopige genotsrecht van de gezinswoning, betekent niet dat aan het slachtoffer van partnergeweld een financiële gunst wordt verleend.

Zo zullen in het raam van een procedure dringende voorlopige maatregelen de voorwaarden voor het genot van de woonst en de verdeling der kosten geregeld moeten worden, en zal het slachtoffer bijvoorbeeld veroordeeld kunnen worden de hypothecaire leningslasten (of een deel hiervan) of de huur van de woning te dragen.

755. Wordt in het raam van een procedure voorlopige maatregelen hangende een procedure in echtscheiding het voorlopige genot van de woonst toegewezen aan het slachtoffer van partnergeweld, betekent dit – uiteraard – niet dat na de echtscheiding geen beheersrekening opgemaakt moet worden, waarbij desgevallend door het slachtoffer woonstvergoeding verschuldigd zal zijn, of een verrekening moet gebeuren van de lasten met betrekking tot de gezinswoning betaald door de schuldige aan partnergeweld: de regels van de vereffening-verdeling worden door de Wet van 28 januari 2003 niet buiten spel gezet.[81]

3. Gewijzigde omstandigheden

756. De wet biedt geen oplossing voor de hypothese waarin een strafzaak niet tot een veroordeling leidt, of tot een vrijspraak leidt, maar de vermeende dader van partnergeweld ondertussen in het raam van een proce-

---

[80] J. LAENENS, "De vrederechter in de kou ?", *T. Vred.* 1993, (175), p. 176, nr. 6; P. SENAEVE, "De termijn van verzet, hoger beroep en voorziening in cassatie bij geschillen inzake echtelijke moeilijkheden", *E.J.* 1997, p. 54, nr. 3.

[81] A. BOUCHE, "Les nouvelles conséquences civiles et pénales des violences physiques exercées sur le conjoint ou le cohabitant par son partenaire", *J.T.* 2003, p. 463.

dure (dringende) voorlopige maatregelen het genot van de gezinswoning is verloren om reden van het nieuwe wettelijke criterium, en het vermeende slachtoffer op grond hiervan het voorlopige genot kreeg toegewezen.

Indien de uitspraak inzake dringende voorlopige maatregelen respectievelijk voorlopige maatregelen, in eerste aanleg dan wel in graad van hoger beroep, intussen in kracht van gewijsde is getreden, staat voor degene die beschuldigd werd van partnergeweld geen andere mogelijkheid open om zich te beroepen op gewijzigde omstandigheden en te trachten aldus een gewijzigde maatregel te bekomen.

§ 2. DE DEFINITIEVE TOEWIJZING VAN DE GEZINSWONING

A. Aanpassing van het bestaande wettelijke criterium

1. De preferentiële toewijzing van de gezinswoning

757. Ingeval het wettelijk huwelijksvermogensstelsel eindigt door echtscheiding, scheiding van tafel en bed of scheiding van goederen, kan (luidens art. 1447 BW.) elke echtgenoot in de loop van de vereffeningsprocedure de toepassing van art. 1446 B.W. vragen, met name de preferentiële toewijzing van één van de onroerende goederen die tot gezinswoning, samen met het aanwezige huisraad.

758. Artikel 1447 B.W. is niet toepasselijk op echtgenoten die uit de echt of van tafel en bed gescheiden zijn door onderlinge toestemming. In dat geval moet de toewijzing van de goederen aan de ene of aan de andere echtgenoot worden geregeld in de overeenkomst tot regeling van hun wederzijdse rechten die de echtgenoten vrijelijk moeten afsluiten voor de aanvang van de procedure (art. 1287 en 1306 Ger.W.)[82] De echtscheiding door onderlinge toestemming kan maar worden uitgesproken als de partijen het over alles eens zijn, inzonderheid over de toewijzing van de gezinswoning.[83]

---

82 J. GERLO, *Handboek voor familierecht – 2. Huwelijksvermogensrecht*. Brugge, Die Keure, 1996, p. 214, nr. 449.

83 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/006, p. 16.

2. De reeds bestaande wettelijke criteria voor de toewijzing

759. De wet voorzag reeds in criteria voor deze preferentiële toewijzing: luidens art. 1447, tweede lid B.W. beslist de rechtbank over de preferentiële toewijzing met in achtneming van:

a) de maatschappelijke belangen die erbij betrokken zijn, hetgeen wijst op de rechten van de schuldeisers. De toewijzing van de gezinswoning mag hun positie niet schaden.
b) de gezinsbelangen die erbij betrokken zijn, met name het belang van de echtgenoot die samen met de kinderen een gezin vormt en die niet wenst te verhuizen. De echtgenoot bij wie de kinderen hoofdzakelijk verblijven, zal dit gezinsbelang kunnen laten primeren op de belangen van de andere echtgenoot.[84]
   De notie gezinsbelang werd door rechtspraak en rechtsleer aangevuld en uitgebreid met andere criteria, zo onder meer de professionele belangen van een echtgenoot die in de woning zijn beroep uitoefent.[85] In de praktijk wordt bijvoorbeeld ook als criterium aangehouden het feit dat de woning voor een groot deel gefinancierd werd door één der echtgenoten.[86]
c) de vergoedings- en vorderingsrechten van de andere echtgenoot. Het betreft de rechten die worden vastgesteld in de staat van vereffening ten gevolge van het opmaken van de vergoedingsrekeningen en de beheersrekening. De rechtbank zal oordelen of de combinatie van de te betalen vergoedingen en schulden, samen met de betaling van een oplegsom voor de overname, niet te zwaar is voor de overnemende echtgenoot zodat het gevaar bestaat dat de andere echtgenoot hetgeen hem verschuldigd is niet geheel zou bekomen.[87]

760. De notie van fout werd evenwel niet aanvaard als criterium voor de toewijzing in het raam van de vereffening en verdeling waar zij traditioneel totaal vreemd aan is.[88] Noch uit de tekst van art. 1447 B.W., noch uit de parlementaire voorbereiding bleek immers dat aan het schuldbeginsel enige rol toekwam. De toewijzing van de gezinswoning wil immers slechts

---

84 Zie Brussel 17 november 1987, *J.L.* 1988, 348.

85 W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, p. 243, nr. 499.

86 Zie J. SNYERS, "De toewijzing van de preferentiële goederen", in W. PINTENS en F. BUYSSENS (eds.), *De vereffening-verdeling van het huwelijksvermogen*, Antwerpen, Maklu, 1993, p. 125 e.v.

87 W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *o.c.*, p. 244, nr. 500.

88 Luik 26 februari 1999, *Div. Act.* 1999, 75, noot E. DE WILDE D'ESTMAEL; Antwerpen 9 april 1990, *T. Not.* 1990, 272.

een regeling treffen voor de materiële noden van het gezin na de echtscheiding.[89]

3. Het nieuwe wettelijke criterium

761. De Wet van 28 januari 2003 creëert ook in deze materie een nieuw wettelijk criterium dat voorrang verleent aan het slachtoffer van partnergeweld, en dat prioriteit heeft over de reeds bestaande wettelijke criteria.

Het door de Wet van 28 januari 2003 nieuw ingevoegde tweede lid van art. 1447 B.W. bepaalt nu dat de rechter *moet* ingaan op het verzoek tot preferentiële toewijzing van de gezinswoning, indien het uitgaat van de echtgenoot die het slachtoffer is van een feit als bedoeld in de art. 375, 398 tot 400, 402, 403 of 405 Sw. of van een poging daartoe. Het betreft hier dus een maatregel die verdergaand is dan de voorlopige toewijzing van het genot van de woning, en waarbij aan het slachtoffer van partnergeweld het eigendomsrecht van de gezinswoning wordt toebedeeld, uiteraard tegen betaling van een opleg.

B. Toepassingsgebied

762. Zoals de regeling inzake de voorlopige toewijzing, is ook deze maatregel enkel van toepassing in het geval van fysiek geweld, zoals bedoeld in de art. 398 tot 405 Sw., en vereist dat het slachtoffer om de toepassing van de regeling verzoekt.

Voor het overige is het toepassingsgebied van deze toch wel zeer verregaande maatregel beperkter dan in geval van voorlopige toewijzing van het genotsrecht van de gezinswoning.

1. *Ratione personae*: met betrekking tot welke personen

a. De gehuwden

763. In tegenstelling tot de vordering tot voorlopige toewijzing van de gezinswoning, die kan worden ingesteld zowel door alle gehuwden, ongeacht hun huwelijksvermogensstelsel en ongeacht het eigendomsstatuut van de woning, als door wettelijk samenwonenden, is het verzoek tot preferentiële en definitieve toewijzing van de gezinswoning ingeval van partnergeweld beperkt tot echtgenoten, gehuwd onder een gemeenschapsstelsel.

---

[89] J.-L. RENCHON, "L'attribution préférentielle, après le divorce, de l'immeuble ayant servi de logement de la famille", *Rev. trim. dr. fam.* 1988, 153-154.

764. Dit vloeit voort uit het feit dat de nieuwe regeling is ingevoegd in het reeds bestaande art. 1447 B.W., waarvan het toepassingsgebied beperkt is tot echtgenoten, gehuwd onder een gemeenschapsstelsel.[90, 91] Tijdens de parlementaire voorbereiding werd de vraag gesteld om deze regeling uit te breiden tot andere huwelijksstelsels[92], doch zulks werd niet aangehouden.

Derhalve kunnen de echtgenoten gehuwd onder het stelsel van scheiding van goederen, die samen een onroerend goed in eigendom hebben dat als gezinswoning diende, geen aanspraak maken op de nieuwe regeling.

765. De preferentiële toewijzing kan enkel gevraagd worden ten aanzien van een gemeenschapsgoed, en niet ten aanzien van een eigen goed van de andere echtgenoot.[93]

b. Niet ten aanzien van de wettelijk samenwonenden en feitelijk samenlevenden

766. De wettelijk samenwonenden en de feitelijk samenlevenden, die gezamenlijk een onroerend goed in eigendom hebben dat de bestemming van gemeenschappelijke verblijfplaats had tijdens de samenwoonst, kunnen bij de beëindiging van hun relatie geen beroep doen op de regels inzake preferentiële toewijzing van dit goed, zodat ook de nieuwe regel inzake preferentiële toewijzing ingeval van partnergeweld op hen niet van toepassing is.

2. *Ratione materiae*: met betrekking tot welke gewelddaden

767. Het gaat hier om dezelfde gewelddaden zoals voor wat betreft de toewijzing van het genotsrecht, met name de fysieke gewelddaden opgesomd in de art. 398 tot 405 Sw.

3. Verzoek van het slachtoffer vereist

768. Net zoals bij de voorlopige toewijzing van het genot van de woning, is voor de definitieve toewijzing vereist dat het slachtoffer hiertoe een verzoek richt.

---

90 Bergen 3 mei 1995, *J.T.* 1996, 52; Brussel 4 juni 1992, *R.W.* 1992-93, 261, noot; Rb. Brussel 25 juni 1991, *T. Not.* 1993, 118, noot; J. SNYERS, "Preferentiële toewijzing gezinswoning zonder inboedel – Taak van de boedelnotaris", *E.J.* 1997, 45.

91 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/006, p. 17.

92 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/006, p. 7, 8, 10 en 12.

93 Brussel 6 september 1995, *Div.Act.* 1996, 140; Rb. Dendermonde 5 februari 1981, *J.T.* 1981, 329 en *Rec. gén. enr. not.* 1981, nr. 22673.

Terzake weze eraan herinnerd dat de vordering tot toewijzing enkel kan worden gesteld in de loop van de vereffeningsprocedure, met name vanaf de opstelling van het proces-verbaal van opening van werkzaamheden tot aan de afsluiting van de vereffeningsprocedure.[94] De vordering kan dus niet tijdens de echtscheidingsprocedure worden ingesteld. De rechter kan in dat stadium trouwens niet met kennis van zaken uitspraak doen.[95]

4. Rechterlijke uitspraak vereist

769. In tegenstelling tot de regeling inzake de voorlopige toewijzingen van het genot van de woning, waar ernstige aanwijzingen volstaan, heeft de wetgever om begrijpelijke redenen een strenger criterium aangehouden voor de definitieve toewijzing van deze woning.

Rekening houdend met het feit dat de voorkeurtoewijzing van de gezinswoning na echtscheiding een definitief karakter heeft, werd het wenselijk geacht deze voor te behouden voor de gevallen waarin de echtgenoot die zich schuldig heeft gemaakt aan partnergeweld, uit dien hoofde veroordeeld werd bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing, dan wel dat de beslissing die de echtscheiding uitspreekt geheel of gedeeltelijk op dat feit is gegrond.

C. Bewijs: vaststaande schuld is vereist

770. In het oorspronkelijke wetsontwerp werd beslist aan de rechter toe te laten met ernstige aanwijzingen van schuld rekening te houden, en dit om twee hoofdredenen:

– enerzijds werd het niet gepast geacht om een van de echtgenoten te verplichten tot het verkrijgen van de veroordeling van de andere om van de preferentiële toewijzing van de gezinswoning te kunnen genieten omwille van de kosten die dit voor het slachtoffer met zich zou kunnen brengen;
– anderzijds werd geacht dat de rechtbank altijd aan de procureur des Konings kan vragen een advies te geven over de vordering van de echtgenoot-slachtoffer en over het bestaan of de ernst van de aanwijzingen die deze aanvoert.[96]

---

94 Brussel 2 april 1996, *R.W.* 1997-98, 18 (verkort), noot S. MOSSELMANS, *R.W.* 1999-2000, 563 (verkort); Luik 8 maart 1999, *T.B.B.R.* 2000, 185 en *Rev. trim. dr. fam.* 2000, 710.

95 Brussel 24 maart 1987, *Rev.not.b.* 1991, 196; J. SNYERS, "De toewijzing van de preferentiële goederen", in W. PINTENS en F. BUYSSENS (eds.), *Vereffening-verdeling van het huwelijksvermogen*, Antwerpen, Maklu, 1993, p. 137, nr. 220.

96 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/001, p. 7.

771. Rekening houdend met het feit dat de voorkeurtoewijzing van de gezinswoning na echtscheiding een definitief karakter heeft, werd het uiteindelijk toch wenselijk geacht deze voor te behouden voor de gevallen waarin de schuld van de echtgenoot die feiten van partnergeweld heeft gepleegd door een rechtscollege werd vastgesteld.[97]

Een strafrechtelijke veroordeling van de dader is evenwel niet vereist: de nieuwe bepaling kan worden toegepast:
– hetzij indien de dader uit hoofde van partnergeweld is veroordeeld bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing;
– hetzij indien de beslissing die de echtscheiding uitspreekt, geheel of gedeeltelijk op dat feit is gegrond.

772. Dit betekent dat ook indien de echtscheiding (geheel of gedeeltelijk) op grond van gewelddaden of mishandelingen is uitgesproken, toepassing van de nieuwe regel kan worden gevraagd.[98] Anderzijds is het mogelijk dat de echtscheiding werd uitgesproken op volstrekt andere feiten, of zelfs op grond van een feitelijke scheiding van twee jaar, waarna een strafrechtelijke veroordeling voor partnergeweld volgt. In voorkomend geval, en indien de vraag tot preferentiële toewijzing door de ex-echtgenoot, slachtoffer van partnergeweld, in het raam van de vereffening en verdeling werd geformuleerd moet de afloop van de strafrechtelijke procedure worden afgewacht alvorens over de vordering tot preferentiële toewijzing uitspraak kan worden gedaan.

D. Beperking van de beoordelingsbevoegdheid van de rechter/ notaris

773. Indien de notaris/rechter constateert dat aan de wettelijke toepassingsvoorwaarden is voldaan, dan moet de gezinswoning worden toegewezen aan het slachtoffer van partnergeweld, uiteraard indien dit de nodige opleg kan betalen, en behalve bij uitzonderlijke omstandigheden.

Ook in het raam van de definitieve toewijzing heeft de wetgever het strenge principe van de nieuwe regel enigszins getemperd, door de opname van het begrip uitzonderlijke omstandigheden, die het mogelijk maken dat de gezinswoning niet aan het slachtoffer van partnergeweld wordt toegewezen.

Ook hier denke men bijvoorbeeld aan het uitoefenen van een beroepsactiviteit in de woning, of de wens er te blijven wonen met de gemeenschappe-

---

97 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/006, p. 29.
98 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1693/006, p.8.

lijke kinderen. Uiteraard kunnen ook andere criteria in aanmerking genomen worden, zoals het feit dat de woning afkomstig is van de ene partner.

Het gevaar bestaat natuurlijk dat er te snel wordt teruggegrepen naar de vertrouwde criteria zoals traditioneel door rechtspraak en rechtsleer ontwikkeld, hetgeen uiteraard een uitholling van het nieuwe wettelijke criterium met zich zal brengen.

E. Gevolgen: geen financiële repercussies

774. De wet brengt enkel een wijziging aan in het criterium voor de toewijzing.

Aan de vergoedings- en vorderingsrechten werd niets gewijzigd. Er moet dus nog steeds volgens de geijkte regels van de vereffening-verdeling na echtscheiding uitgemaakt worden of het slachtoffer wel in de financiële mogelijkheid verkeert om de woonst over te nemen, met name of het slachtoffer wel in staat is de nodige opleg te betalen, zo hiertoe aanleiding bestaat. Het vereist van het bewijs van vaststaande schuld, samen met het financiële aspect van overname van de gezinswoning, zet alleszins een rem op mogelijke wanpraktijken voor wat betreft de nieuwe regeling in het raam van de definitieve toewijzing.

HOOFDSTUK IV.
INWERKINGTREDING

775. De Wet van 28 januari 2003 is gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 12 februari 2003 en is overeenkomstig de gewone regels in werking getreden op 22 februari 2003.

776. De wet kent geen regels van overgangsrecht met betrekking tot het aanvoeren van bestaande feiten van partnergeweld in nog aanhangig te maken rechtsgedingen. Gelet op het beginsel van de onmiddellijke en exclusieve werking van een nieuwe wet is deze onmiddellijk van toepassing, niet alleen op de feiten die zich voordoen vanaf het in werking treden ervan, maar ook op de toekomstige rechtsgevolgen van feiten die zijn ontstaan onder de oude wet.[99]

777. Artikel 410, tweede lid Sw. verzwaart evenwel de straf voor fysiek partnergeweld. Bijgevolg is deze strafverzwaring enkel van toepassing op fysieke gewelddaden die worden gepleegd vanaf de datum van inwerkingtreding van de wet, met name vanaf 22 februari 2003.

---

[99] H. DE PAGE, *Traité*, I, Brussel, Bruylant, 1961, p. 336; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1969, nr. 24, p. 70.

HOOFDSTUK V. SLOTBEMERKINGEN

778. Naast de vele vragen die de nieuwe wet opwerpt op praktisch gebied, kan men zich de vraag stellen naar de opportuniteit van deze nieuwe regelgeving op burgerlijk gebied.

Alwaar men nog kan begrijpen dat partnergeweld op strafrechtelijk gebied zwaarder beteugeld wordt, is het veel minder evident in een toch delicate materie als de voorlopige toewijzing van de gezinswoning de beoordelingsbevoegdheid van de rechter te beknotten en wettelijke prioriteit te verlenen aan een foutcriterium, hierdoor de gezinsbelangen, ook op financieel gebied, ondergeschikt makend aan de rechten van het slachtoffer.

Voor wat ten slotte de definitieve toewijzing van de gezinswoning betreft, kan totaal niet ingezien worden waarom de fout, die niet thuishoort in deze materie, plotseling beslissend wordt voor de toebedeling van de gezinswoning aan het slachtoffer van partnergeweld.

DEEL IX
DE RECHTSPRAAK VAN HET ARBITRAGEHOF INZAKE FAMILIERECHT (2002-2003)

PROF. DR. PATRICK SENAEVE

Buitengewoon hoogleraar K.U.Leuven

HOOFDSTUK I.
DE VADERLIJKE ERKENNING VAN BUITENHUWELIJKSE KINDEREN: ARREST VAN 14 MEI 2003: A NEVER ENDING STORY

§ 1. INLEIDING

779. Na de arresten van het Arbitragehof van 21 december 1990 en van 8 oktober 1992 aangaande het wettelijke vereiste van de instemming door de moeder bij een vaderlijke erkenning[1], het arrest van 6 juni 1996 aangaande het wettelijke vereiste van de instemming door het 15- tot 18-jarige kind zelf bij zijn erkenning door een man[2], het arrest van 26 juni 2002 aangaande het wettelijke vetorecht van het meerderjarige kind tegen zijn erkenning door een man[3], en het arrest van 14 juli 1994 aangaande de mogelijkheid voor de rechtbank om de vaderlijke erkenning van een minderjarig kind wiens moeder overleden is, te vernietigen (ook) in functie van het belang van het kind, heeft het Arbitragehof in een arrest van 14 mei 2003[4] opnieuw de conformiteit van art. 319 B.W. moeten onderzoeken, maar vanuit een geheel nieuwe optiek, en met een verrassend resultaat.

Het arrest van 14 mei 2003 werd geveld in voltallige zitting met 12 rechters, hetgeen er (in een civielrechtelijke materie) reeds op wijst dat een bijzonder probleem getrancheerd diende te worden.[5]

780. Hierna volgt eerst een historisch overzicht van de evolutie van de juridische regeling van de vaderlijke erkenning van een buitenhuwelijks kind.

---

1 Arbitragehof nr. 39/90 van 21 december 1990, *R.W.* 1990-91, 1231; Arbitragehof nr. 63/92 van 8 oktober 1992. Alle arresten van het Arbitragehof zijn te raadplegen op volgende website: http://www.arbitrage.be/

2 Arbitragehof nr. 36/96 van 6 juni 1996.

3 Arbitragehof nr. 112/2002 van 26 juni 2002, *Rev. trim. dr. fam.* 2002, 695.

4 Arbitragehof nr. 66/2003 van 14 mei 2003.

5 Aan te stippen valt dat er van de 10 rechters die het arrest van 8 oktober 1992 hebben geveld, slechts 3 (op een totaal van 12) terug te vinden zijn in de zetel die het arrest van 14 mei 2003 heeft geveld.

§ 2. EERSTE BEWEGING: VAN DE CODE NAPOLÉON TOT DE WET VAN 31 MAART 1987

781. In het B.W. van 1804 was de vaderlijke erkenning een volstrekt eenzijdige rechtshandeling (oud art. 334 B.W.): de man die een kind wenste te erkennen, diende geen voorafgaande instemming door wie dan ook te verkrijgen.[6]

§ 3. TWEEDE BEWEGING: VAN DE WET VAN 31 MAART 1987 TOT DE ARRESTEN VAN HET ARBITRAGEHOF VAN 21 DECEMBER 1990 EN 8 OKTOBER 1992

782. Door de Wet van 31 maart 1987 tot hervorming van het afstammingsrecht werd de wettelijke regeling aangaande de vaderlijke erkenning radicaal hervormd.[7] Deze wettelijke regeling werd na de ongrondwettigverklaringen door de arresten van het Arbitragehof van 21 december 1990, 8 oktober 1992 en 14 juli 1994 (zie verder) nooit aangepast.

783. Vooraf moet worden opgemerkt dat de wet een verbodsbepaling kent om een kind te erkennen dat reeds een vastgestelde moederlijke afstamming heeft, ingeval uit de vaderlijke erkenning een huwelijksbeletsel tussen de vader en de moeder zou blijken waarvoor geen dispensatie bij K.B. kan worden verleend (art. 321 B.W.). Ook over dit aspect van de vaderlijke erkenning is evenwel een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof gesteld, meer bepaald of deze verbodsbepaling geen discriminatie inhoudt, enerzijds ten aanzien van een kind geboren uit een relatie waaruit een volstrekt huwelijksbeletsel blijkt in vergelijking tot alle andere kinderen, anderzijds ten aanzien van de vader van zo'n kind, die zijn afstammingsband niet kan vestigen, in vergelijking tot de moeder, ten aanzien van wie de afstammingsband steeds vaststaat.[8]

784. Ingeval een man die *niet de biologische vader* van het kind is, dit wil erkennen, rijzen er weinig juridische problemen, zeker als het kind jonger is dan 15 jaar. Als de moeder met de erkenning instemt (hypothese van de *reconnaissance de complaisance*), kan de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris de erkenning akteren; de mening van het kind jonger

---

6 Zie H. DE PAGE, *Traité*, I, Brussel, Bruylant, 3de uitg. 1962, nr. 1125, A, p. 1188; J.M. PAUWELS, *Beginselen van Personen- en Familierecht*, Deel 3, Leuven, Acco, 1986, nr. 15.73, p. 43.

7 In de Senaatscommissie voor de Justitie aangenomen met de kleinst mogelijke meerderheid: 9 stemmen tegen 8 (*Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904-2, p. 65).

8 *B.S.* 19 december 2002.

dan 15 jaar wordt hierbij niet gevraagd, en het kind kan zich evenmin tegen dergelijke erkenning verzetten. Als de moeder zich tegen de erkenning verzet, en de man ermee doorgaat en de zaak uiteindelijk voor de burgerlijke rechtbank komt, moet deze het verzoek van de man afwijzen zonder enige beoordelingsmarge (art. 319, § 3, vierde lid B.W.).

785. Er rijzen des te meer problemen ingeval het de *biologische vader* is die zijn kind wenst te erkennen.

Het Burgerlijk Wetboek onderscheidt vier hypotheses.

786. *Eerste hypothese: minderjarige beneden 15 jaar (moeder in leven en kan haar wil uiten)*

De vaderlijke erkenning vereist volgens de wet de voorafgaande instemming door de moeder van het kind (art. 319, § 3, eerste lid B.W.). Ingeval zij weigert in te stemmen, de man de zaak aanhangig maakt bij de vrederechter en de verzoeningspoging door de vrederechter mislukt (art. 319, § 3, derde lid B.W.), beslist de burgerlijke rechtbank naar wie de zaak verwezen is "*met inachtneming van de belangen van het kind*" of de beoogde erkenning al dan niet kan plaatshebben. Het criterium dat de wetgever van 1987 heeft ingevoerd bij de beoordeling door de rechter of de vaderlijke erkenning al dan niet kan plaatshebben is dus de blanco norm van het belang van het kind.[9]

787. *Tweede hypothese: minderjarige vanaf 15 jaar die niet ontvoogd is (moeder in leven en kan haar wil uiten)*

In dat geval vereist de vaderlijke erkenning niet enkel de voorafgaande instemming door de moeder, zoals in de eerste hypothese, maar tevens de voorafgaande instemming door het kind zelf (art. 319, § 3, tweede lid B.W.). Ingeval één van beiden (of beiden) weigeren in te stemmen, en de verzoeningspoging door de vrederechter mislukt (art. 319, § 3, derde lid B.W.), beslist de burgerlijke rechtbank naar wie de zaak verwezen is "*met inachtneming van de belangen van het kind*" of de beoogde erkenning al dan niet kan plaatshebben.

---

9 Zie daarover: P. SENAEVE, "Het belang van het kind in het Belgische Familierecht", in: *Met het oog op het belang van het kind*, Opstellen aangeboden aan Professor mr. Madzy Rood-de Boer ter gelegenheid van haar emeritaat, Deventer, Kluwer, 1988, p. 119-127.

788. *Derde hypothese: meerderjarig kind of ontvoogd minderjarig kind*

In deze hypothese komt de moeder niet tussen bij de vaderlijke erkenning, maar beschikt het kind zelf over een *vetorecht*: indien het kind weigert in te stemmen, heeft de kandidaat-erkenner geen verhaalsrecht bij de rechtbank (art. 319, § 2 B.W.).

789. *Vierde hypothese: minderjarig niet-ontvoogd kind wiens moeder overleden is of haar wil niet kan uiten*

In deze uitzonderlijke hypothese is geen voorafgaande instemming vereist, zelfs niet als het kind minstens 15 jaar is: de erkenning is hier een eenzijdige rechtshandeling.

Evenwel kunnen – tenzij zij vooraf toch met de erkenning zouden hebben ingestemd – de wettelijke vertegenwoordiger van het kind (dit is in dit geval zijn voogd) alsook het kind zelf indien dit minstens 15 jaar is, de vernietiging van de erkenning vorderen binnen zes maanden na de kennisneming ervan, niet enkel op grond van het bewijs dat de erkenner niet de biologische vader is, maar tevens op grond van de strijdigheid van de erkenning met het belang van het kind (art. 319, § 4 B.W.).

§ 4. DERDE BEWEGING: VANAF DE ARRESTEN VAN HET ARBITRAGEHOF VAN 21 DECEMBER 1990 EN 8 OKTOBER 1992

790. Vervolgens rijst dan de vraag in hoeverre deze wettelijke bepalingen door de feitenrechters nog toegepast konden worden ingevolge de diverse arresten van het Arbitragehof aangaande de overeenstemming ervan met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel.

Opnieuw worden achtereenvolgens dezelfde vier hypotheses onderscheiden.

Eerste hypothese: minderjarige beneden 15 jaar

791. Bij de erkenning van een kind door zijn biologische vader, dient de rechtspositie van twee andere personen in ogenschouw genomen te worden, namelijk die van de moeder en die van het kind.

a) de instemming door de moeder van het minderjarige kind

792. Zowel in zijn arrest van 21 december 1990[10] als in zijn arrest van 8 oktober 1992 heeft het Arbitragehof de wettelijke regeling vervat in art. 319, § 3, eerste, derde en vierde lid B.W. principieel veroordeeld. In zijn arrest van 8 oktober 1992 is het Arbitragehof nader ingegaan op de vraag naar de juiste draagwijdte van de door hem vastgestelde ongrondwettigheid.

In zijn overwegingen stelt het Arbitragehof zeer nadrukkelijk dat in zijn "huidige" (en 11 jaar later door de wetgever nog steeds niet aangepaste) stand van de wettelijke organisatie de ter wille van het belang van het kind ingestelde rechterlijke controle van de vaderlijke erkenning het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel *schendt* (B.3.3).

793. Het Arbitragehof zegt voor recht dat art. 319, § 3 B.W. het gelijkheidsbeginsel niet schendt:
- in zoverre het de ontvankelijkheid van de erkenning door een man wiens vaderschap zij betwist, afhankelijk stelt van de voorafgaande instemming door de moeder,
- en in zoverre het bepaalt dat, ingeval de zaak wordt verwezen naar de burgerlijke rechtbank, deze het verzoek moet afwijzen indien het bewijs wordt geleverd dat de kandidaat-erkenner niet de biologische vader is.

Dit houdt in dat ook na de arresten van 1990 en 1992 de ambtenaren van de burgerlijke stand en de notarissen niet gerechtigd zijn om een vaderlijke erkenning van een minderjarig kind te ontvangen zonder dat de moeder hierin toestemt (behalve uiteraard in de uitzonderlijke hypothese van art. 319, § 4 B.W. – zie boven, nr. 788). Dit standpunt wordt overigens unaniem verdedigd in de rechtsleer[11] en de rechtspraak.[12]

794. Anderzijds schendt art. 319, § 3 B.W. volgens het Arbitragehof het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel *wél* in zoverre het bepaalt dat, ingeval de zaak uiteindelijk naar de burgerlijke rechtbank wordt verwezen, die rechtbank kan oordelen of de erkenning al dan niet kan plaatsvinden, zelfs

---

10 Zie hierover: P. SENAEVE, "De vaderlijke erkenning van een buitenhuwelijks kind en het gelijkheidsbeginsel", *R.W.* 1990-91, 1211-1218.

11 Zie meer uitgebreid: P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, nr. 208; B. RENAULD, noot bij Arbitragehof 8 oktober 1992, *J.T.* 1993, (308), nr. 12, p. 311.

12 Rb. Luik 2 april 1992, *Actualités du droit* 1992, 1183.

indien niet is bewezen dat de kandidaat-erkenner niet de biologische vader is.

795. Hieruit werd door de rechtsleer en de rechtspraak afgeleid dat indien het ontbreken van een biologische band niet bewezen werd – in voorkomend geval nadat de rechter op grond van art. 331*octies* B.W. desnoods ambtshalve een DNA-onderzoek heeft bevolen – , de rechtbanken en hoven van beroep niet gerechtigd waren om nog in functie van het wettelijke criterium van belang van het kind een opportuniteitsoordeel te vellen over de door de man gevraagde machtiging, en m.a.w. *steeds de gevraagde machtiging dienden te verlenen.*[13]

Een "schijnbeweging": van het arrest van het Hof van Beroep te Gent van 12 maart 1998 tot de arresten van het Hof van Cassatie van 4 november 1999

796. Deze opvatting dat de rechters het wettelijke criterium van het belang van het kind niet meer mochten toepassen was zelfs zo ingeburgerd dat een hof van beroep dat geconfronteerd werd met een geval waarin het, na verhoor van de kinderen en op basis van een sociaal verslag, de erkenning van meerdere buitenhuwelijkse kinderen absoluut niet in hun belang achtte, niet teruggreep naar de tekst van de wet (art. 319, § 3, vierde lid *in fine* B.W.) maar naar een verdragsbepaling, namelijk art. 3 I.V.R.K. Deze bepaling van het UNO-verdrag stelt dat bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of die genomen worden door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, de belangen van het kind de eerste overweging vormen, en dat de verdragsstaten er zich toe verbinden het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn welzijn, rekening houdend met de rechten en plichten van zijn ouders, voogden of anderen die juridisch verantwoordelijk zijn voor het kind, en hiertoe alle passende maatregelen nemen.[14] Op die manier kwam het hof van beroep opnieuw tot het aanwenden van het criterium van het belang van het kind, evenwel niet meer op grond van de interne wetgeving, maar op grond van een internationale rechtsnorm.

---

13 P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, nrs. 220-222; toepassingen in de rechtspraak: Luik 10 december 1991, *J. dr. jeun.* 1992, afl. 118, 38, *J.L.M.B.* 1992, 949, noot D. PIRE en *Pas.* 1992, II, 4; Brussel 23 november 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 789; Brussel 6 februari 2001, A.R. 2000/1547.

14 Gent 12 maart 1998, A.R. 1996/382.

797. Dit arrest werd evenwel vernietigd door het Hof van Cassatie, dat oordeelde dat de bepalingen van art. 3 I.V.R.K., ook al kunnen zij nuttig zijn bij de interpretatie van (wet)teksten, op zichzelf niet voldoende nauwkeurig en volledig zijn om rechtstreekse werking te hebben omdat zij verscheidene mogelijkheden aan de Staat laten om aan de vereisten van het belang van het kind te voldoen, en zij derhalve niet kunnen gelden als bron van subjectieve rechten en van verplichtingen voor particulieren. Het hoogste gerechtshof oordeelde dat deze bepaling inzonderheid de mogelijkheid openlaat voor de verbonden Staten om te bepalen hoe de belangen van het kind het best worden beschermd i.v.m. de wijze waarop de biologische afstamming wordt vastgesteld, en dat het in dergelijk geval niet aan de rechter toekomt de bescherming van de belangen van het kind die door de wetgever is geboden, terzijde te schuiven ten voordele van een eigen beoordeling die hij meer gepast vindt.[15]

Het Hof van Beroep te Brussel, waarnaar de zaak verwezen werd, heeft zich aangesloten bij de stelling van het Hof van Cassatie inzake het ontbreken van rechtstreekse werking van art. 3 I.V.R.K.[16]

b) de instemming door respectievelijk namens het minderjarige kind zelf

798. Ook deze problematiek was vóór het arrest van 14 mei 2003 reeds aan de orde gekomen, evenwel niet via de rechtspraak van het Arbitragehof maar via die van het Hof van Cassatie.

799. In een zaak waarin het biologische vaderschap van de erkenner niet ter discussie stond, besliste het Hof van Beroep te Luik dat, tengevolge van het arrest van het Arbitragehof van 1990, de erkenning van het kind door zijn vader niet onderworpen kon worden aan de instemming door diens moeder. Het overwoog hierbij dat nu de instemming door de moeder niet noodzakelijk was, er geen reden was om zich de vraag te stellen van het in de zaak betrekken van het kind (beneden 15 jaar) in een procedure die gelet op het voorgaande eigenlijk geen bestaansreden meer had.[17] Aldus had het hof van beroep de kwestie niet hoeven te beslechten van de vertegenwoordiging van de minderjarige beneden 15 jaar in de procedure

---

15 Cass. 4 november 1999, *R.W.* 2000-01, 232 (1ste arrest), kritische noot A. VANDAELE. Het Hof van Cassatie heeft op dezelfde datum een tweede arrest met dezelfde strekking geveld: Cass. 4 november 1999, *R.W.* 2000-01, 232 (2de arrest), noot A. VANDAELE.

16 Brussel 8 juni 2000, A.R. 2000/263.

17 Luik 10 december 1991, *J. dr. jeun.* 1992, afl. 118, 38, *J.L.M.B.* 1992, 949, noot D. PIRE en *Pas.* 1992, II, 4.

voor de burgerlijke rechtbank, en evenmin de kwestie van de belangen van het kind bij de vaststelling van zijn afstamming.

800. In een onderdeel van het cassatiemiddel werd de schending ingeroepen van *art. 331sexies B.W.* in zoverre de minderjarige in de procedure niet was vertegenwoordigd door zijn wettelijke vertegenwoordiger noch door een voogd ad hoc.

Het Hof van Cassatie stelt dat het middel in dit onderdeel faalt naar recht nu van de ene kant art. 331*sexies* B.W. enkel de vertegenwoordiging organiseert van de onbekwamen die eiser of verweerder zijn bij een rechtsvordering betreffende hun afstamming, en van de andere kant het kind beneden 15 jaar geen partij is bij de vordering tot het bekomen van een machtiging tot erkenning, bepaald in art. 319, § 3 B.W., noch als eiser, noch als verweerder.[18]

Het kan inderdaad moeilijk betwist worden dat art. 331*sexies* B.W. als dusdanig geen vorderingsrecht noch enig recht van tussenkomst verleent aan wie dan ook.[19]

801. In een ander onderdeel van het cassatiemiddel werd aangevoerd dat de moeder in de rechtspleging van art. 319, § 3 B.W. niet enkel haar eigen belangen vertegenwoordigde, maar evenzeer deze van het minder dan 15-jarige kind, en dat derhalve, ook al heeft zij als moeder niet meer in te stemmen met de erkenning, daaruit niet volgt dat de rechtbank niet langer als opdracht zou hebben om de zaak te beslechten in het belang van het kind nu deze opdracht hem wettelijk is opgedragen voor de minderjarigen beneden 15 jaar.

Dienaangaande overwoog het Hof van Cassatie dat, wat de kinderen van minder dan 15 jaar betreft, de in artikel 319, § 3, derde en vierde lid B.W. omschreven procedure enkel tot doel heeft de erkenning mogelijk te maken als de bij het eerste lid van die bepaling vereiste voorafgaande toestemming van de moeder ontbreekt, en dat de rechter over de erkenning van een kind door diens vader, met inachtneming van het belang van het kind, enkel uitspraak hoeft te doen in het geval dat de voorafgaande toestemming van de moeder wordt geweigerd. Het Hof van Cassatie stelde

---

18 Cass. 29 april 1993, *Pas.* 1993, I, 411, gelijkluidende conclusie PIRET.

19 Vgl. conclusie PIRET bij Cass. 29 april 1993, *Pas.* 1993, I, 413; J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, nr. 250; A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, in *Comm.Pers.*, B.W. art. 331*sexies*, nr. 3 (1997).

vast dat het bestreden arrest van het Hof van Beroep te Luik, zonder dienaangaande te worden bekritiseerd, besliste dat ingevolge het arrest van het Arbitragehof van 21 december 1990 er geen grond meer bestaat tot toepassing van artikel 319, § 3 B.W. in zoverre het de ontvankelijkheid van de erkenning van een minderjarig, niet-ontvoogd kind door de man wiens vaderschap niet is betwist, afhankelijk stelt van de voorafgaande toestemming van de moeder. De conclusie van het Hof van Cassatie was dan ook dat, nu het bestreden arrest vaststelde dat het vaderschap van de kandidaat-erkenner niet werd betwist, het hof van beroep, na aldus te hebben overwogen dat de erkenning van het kind niet onderworpen was aan de voorafgaande toestemming van de moeder, zich van elke uitspraak over het belang van het kind heeft kunnen onthouden zonder artikel 319, § 3 B.W. te schenden.

802. Uit dit arrest blijkt dat volgens het hoogste gerechtshof in een procedure tot het bekomen van een machtiging tot vaderlijke erkenning van een kind dat nog geen 15 jaar oud was, het kind zelf niet in de zaak betrokken diende te worden. Dit blijkt overigens ook zowel uit de tekst van de wet (art. 319, §§ 2-3 B.W. *a contrario*: in het betrekken van het + 15-jarige kind wordt uitdrukkelijk voorzien), als uit de *ratio legis*.[20]

Tweede hypothese: minderjarige vanaf 15 jaar die niet ontvoogd is

803. In zijn arrest van 6 juni 1996[21] heeft het Arbitragehof gesteld dat het ontbreken voor een kind dat de leeftijd van 15 jaar bereikt heeft, van de mogelijkheid zijn instemming te weigeren met de (laattijdige) erkenning door een vrouw, terwijl het die mogelijkheid wél heeft ten aanzien van een (laattijdige) erkenning door een man, weliswaar strijdig is met het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van de niet-discriminatie, maar dat de oorsprong van die discriminatie niet gelegen is in art. 319, § 3, tweede lid B.W. (dit is de bepaling aangaande de vaderlijke erkenning).

Dit houdt in dat het Arbitragehof vaststelde dat de wetgever met het ontbreken van enige instemmingvereiste vanwege het kind bij de vaststelling van de afstamming langs moederszijde, terwijl dit instemmingvereiste wél bestaat langs vaderszijde, een *positieve discriminatie van de moeders* heeft ingevoerd, die nooit rekening dienen te houden met de wensen van het minderjarige kind, zelfs niet als het 15 jaar of ouder is. Omwille van de door de wetgever van 1987 vooropgestelde bijzondere band van de moeder met haar kind die reeds vóór de geboorte ontstaat, moet de moeder in de

[20] Vgl. conclusie PIRET bij Cass. 29 april 1993, *Pas.* 1993, I, 412.
[21] Arbitragehof nr. 36/96 van 6 juni 1996.

ogen van de wetgever niet geconfronteerd worden noch met enige vaderlijke instemming (kwam niet ter sprake in het arrest van 6 juni 1996) noch met enige instemming vanwege het kind zelf, ongeacht diens leeftijd op het ogenblik dat de erkenning gebeurt, dit terwijl dit langs vaderszijde wél het geval is. Welnu, deze positieve discriminatie van moeders werd door het Arbitragehof veroordeeld.

804. Door het feit dat de prejudiciële vraag in het arrest van 6 juni 1996 door het Arbitragehof evenwel negatief werd beantwoord en dat de wettelijke regeling van art. 319, § 3, tweede lid B.W. "ongeschonden" uit de procedure kwam, dienen de rechters gewoon de wettelijke regeling te volgen, d.w.z. dat:

- een man zijn (biologisch) kind vanaf de leeftijd van 15 jaar niet kan erkennen zonder diens instemming;
- bij gebreke van deze instemming de man de vrederechter dient te adiëren voor een verzoeningspoging;
- indien de verzoeningspoging mislukt, de vrederechter de zaak naar de burgerlijke rechtbank moet verwijzen;
- de burgerlijke rechtbank vervolgens op basis van het criterium van het belang van het kind oordeelt of het de man machtigt om zijn (biologisch) kind al dan niet te erkennen.

Derde hypothese: meerderjarig kind (of ontvoogd minderjarig kind)

805. Ook het vetorecht van het meerderjarige kind was reeds het voorwerp van een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof. Anders dan in de arresten van 21 december 1990 en 8 oktober 1992 m.b.t. de moederlijke instemming, maar gelijklopend met het arrest van 6 juni 1996 m.b.t. de instemming door het 15- tot 18-jarige kind, oordeelde het Arbitragehof dat dit vetorecht als dusdanig *niet* strijdig is met het gelijkheidsbeginsel, maar dat het daarentegen het ontbreken van een gelijkaardig vetorecht voor een meerderjarig kind ten aanzien van een laattijdige moederlijke erkenning is, dat strijdig geacht wordt met het gelijkheidsbeginsel.[22]

806. Derhalve kan een man zijn meerderjarig (of ontvoogd) kind niet erkennen zonder diens instemming, en kan hij in geval van weigering geen verhaal aantekenen bij enige rechterlijke instantie. In deze hypothese speelt het *belang* van het "kind" derhalve geen enkele rol meer, maar gaat het om een *vetorecht* van het kind.

---

[22] Arbitragehof nr. 112/2002 van 26 juni 2002, *Rev. trim. dr. fam.* 2002, 695.

Vierde hypothese: minderjarig niet-ontvoogd kind wiens moeder overleden is of haar wil niet kan uiten

807. P.M.

§ 5. VIERDE BEWEGING: SINDS HET ARREST VAN HET ARBITRAGEHOF VAN 14 MEI 2003: TERUG NAAR AF

A. Analyse van het arrest van 14 mei 2003

808. De toestand die ontstaan was ingevolge de arresten van het Arbitragehof van 21 december 1990 en 8 oktober 1992 was voor de rechtspraktijk weinig bevredigend, ongeacht welke stelling men dogmatisch aanhangt omtrent de mogelijkheid voor een biologische vader om zijn kind te erkennen.

Immers, ingeval de feitenrechters geconfronteerd werden met een verzoek tot vaderlijke erkenning van een kind beneden 15 jaar, en het biologische vaderschap werd niet betwist of stond vast na een DNA-onderzoek, dienden zij de man te machtigen om zijn kind te erkennen, zonder dat zij nog het criterium van het belang van het kind konden laten spelen. Daarentegen ingeval de feitenrechters geconfronteerd werden met een verzoek tot vaderlijke erkenning van een kind boven de 15 jaar dat zich verzette tegen de erkenning, en het biologische vaderschap werd niet betwist of stond vast na een DNA-onderzoek, dan dienden zij juist wél het criterium van het belang van het kind toe te passen om de man al dan niet te machtigen om het kind te erkennen.

809. Stel dat er zich een geval zou hebben voorgedaan van twee broers of twee zussen of een broer en een zus van wie de ene 14½ jaar was en de andere 15½ jaar, die beide gekant waren tegen de voorgenomen erkenning door hun biologische vader, dan hadden de rechtbanken aldus de man moeten machtigen zijn jongste kind te erkennen zonder zich daarbij over het belang van het kind te kunnen uitspreken, terwijl zij met inachtneming van het belang van het kind de erkenning van zijn oudste kind in voorkomend geval hadden kunnen weigeren, ook al verkeerden beide kinderen in volstrekt dezelfde situatie. Dergelijke toestand was op zijn minst onbevredigend, zelfs choquerend te noemen. Vroeg of laat moest die kwestie aldus opnieuw aan het Arbitragehof worden voorgelegd, hetgeen gebeurd is in de zaak die leidde tot het arrest van 14 mei 2003.

810. De rechtbank te Luik werd gevat met een verzoek uitgaande van een man om zijn buitenhuwelijks verwekte kinderen *van 11 en 9 jaar* tegen de wil in van hun moeder te mogen erkennen. Het biologische vaderschap van de kandidaat-erkenner werd niet in vraag gesteld, maar de moeder beriep zich voor haar verzet tegen de erkenning op het belang van haar kinderen, die in een nieuw samengesteld gezin leefden en gestoord zouden worden door de laattijdige indringing van hun biologische vader.

In een tussenvonnis wierp de rechtbank ambtshalve de vraag op naar de bevoegdheid van het Arbitragehof om over deze kwestie te antwoorden, nu een eventuele ongelijkheid zou voortvloeien niet uit een wetsbepaling die dezelfde is voor kinderen beneden en kinderen boven 15 jaar (namelijk art. 319, § 3, vierde lid B.W.), maar uit de rechtspraak zelf van het Arbitragehof waarvan de weerslag beperkt is tot de kinderen beneden de 15 jaar, en heropende om die reden de debatten.[23]

In het daarop volgende vonnis was de rechtbank te Luik van oordeel dat uit een vergelijkende lezing van de arresten van het Arbitragehof, enerzijds die van 1990 en 1992, en anderzijds dat van 1996, een verschil in behandeling te voorschijn kwam tussen kinderen ouder dan 15 jaar en kinderen jonger dan 15 jaar wat de controle betreft van hun belang in geval van erkenning door een man, en stelde daarom volgende prejudiciële vraag: *"Schendt art. 319, § 3 B.W. de art. 10 en 11 G.W. doordat het de rechtbank toestaat rekening te houden met de belangen van het te erkennen kind ingeval dit ouder is dan 15 jaar [Arbitragehof 6 juni 1996], terwijl het de rechtbank die mogelijkheid ontzegt ingeval het kind jonger is dan 15 jaar [Arbitragehof 8 oktober 1992]?"*[24]

811. In zijn arrest van 14 mei 2003 stelt het Arbitragehof – terecht – vast dat uit de toepassing die in de rechtspraak van de feitenrechters gegeven wordt enerzijds aan zijn arresten van 21 december 1990 en van 8 oktober 1992 en anderzijds aan zijn arrest van 10 juli 1996 volgt dat – voorzover het biologische vaderschap van de kandidaat-erkenner niet in vraag gesteld wordt – bij weigering vanwege de moeder om in te stemmen met de erkenning van haar kind dat jonger is dan 15 jaar, de rechtbank van eerste aanleg waarbij de kandidaat-erkenner zijn verzoek aanhangig maakt, de erkenning in alle gevallen toestaat, zonder dat hij kan oordelen of die erkenning al dan niet in overeenstemming is met het belang van het kind, terwijl het kind dat ouder is dan 15 jaar kan weigeren in te stemmen met het vaststellen van zijn afstamming van vaderszijde via erkenning in welk geval de rechtbank oordeelt of het in het belang van het kind is dat zijn

[23] Rb. Luik 11 januari 2002, A.R. 01/1727/A.
[24] Rb. Luik 26 april 2002, A.R. 01/1727/A.

afstamming van vaderszijde wordt vastgesteld.[25] Aldus volgt uit de toepassing die aan de diverse arresten van het Arbitragehof is gegeven dat er in het positieve recht een verschil in behandeling bestaat naar gelang van de leeftijd van de kinderen: enkel voor de kinderen boven de 15 jaar is een rechterlijke controle mogelijk wat betreft het belang dat zij erbij hebben dat hun afstamming van vaderszijde via een erkenning wordt vastgesteld.

812. Zoals in zijn arresten van 14 juli 1994 (B.4: verwijzing naar art. 3.1 IVRK) en van 6 juni 1996 (B.4) verwijst het Arbitragehof vervolgens naar twee bekende artikelen uit het IVRK, namelijk *art. 3.1* dat stelt dat bij alle maatregelen betreffende kinderen, onder meer ingeval zij genomen worden door rechterlijke instanties, de belangen van het kind de eerste overweging vormen, en *art. 12* dat voor het kind dat in staat is een eigen mening te vormen, voorziet in het recht om gehoord te worden in iedere gerechtelijke procedure die hem betreft. In de zaak die geleid heeft tot het arrest van 8 oktober 1992 werd weliswaar in de Memorie van de Ministerraad verwezen naar art. 3.1 IVRK, maar in de overwegingen van het Arbitragehof zelf werd daar niet naar verwezen.

Vreemd genoeg verwijst het Arbitragehof daarentegen niet naar *art. 7.1 IVRK* (in tegenstelling tot zijn arresten van 14 juli 1994 – B.4 en van 6 juni 1996 – B.4), dat bepaalt dat het kind, voor zover mogelijk, het recht heeft zijn ouders (in de zin van zijn biologische ouders) te kennen en door hen te worden opgevoed. Het Arbitragehof is jammer genoeg wat selectief in het aanhalen van de verdragsbepalingen van het IVRK.

813. Het Arbitragehof refereert verder aan de implementatie van art. 12 IVRK in het Belgische recht door de Wet van 30 juni 1994, waarbij aan elke minderjarige die over het vereiste onderscheidingsvermogen beschikt, het recht verleend wordt om in elk geding dat hem betreft te worden gehoord door de rechter (art. 931, derde lid Ger.W.). Uit de goedkeuring van het IVRK en het aannemen van de Wet van 30 juni 1994 volgt, aldus het Arbitragehof, dat de wetgever de verplichting heeft willen opleggen om rekening te houden met de belangen van het kind in de gerechtelijke procedures die op het kind betrekking hebben, in voorkomend geval door zijn eigen mening te vragen ingeval het in staat is die te vormen, en hoe dan ook door de rechter bijzondere aandacht eraan te doen besteden.

814. Het Arbitragehof geeft toe dat de leeftijdsgrens van 15 jaar zoals die bepaald is in art. 319, § 3, tweede lid B.W. een *objectief* criterium uitmaakt,

---

[25] Zie ook P. SENAEVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht,* Leuven, Acco, Boekdeel 2, 6de uitg. 2003, nrs. 824-825.

m.a.w. dat 15 jaar niet willekeurig als leeftijdsgrens gekozen is. Dat had het overigens reeds nadrukkelijk gedaan in zijn arrest van 6 juni 1996 waar het overwoog dat de door de wetgever vastgestelde leeftijd van 15 jaar op een objectief criterium steunt dat in een redelijk verband staat zowel met de bedoeling van de wetgever om late erkenningen tegen te gaan, als met het oogmerk om inspraak te geven aan kinderen van een bepaalde leeftijd (B.6).

Maar ook al is die leeftijdsgrens een objectief criterium, hij kan niet als relevant beschouwd worden ten aanzien van de maatregel waarover het gaat. Immers, aldus het Hof, niets kan verantwoorden dat de rechter bij wie een verzoek tot erkenning aanhangig is gemaakt, het belang van het kind in aanmerking neemt ingeval het ouder is dan 15 jaar, terwijl hij daar geen rekening mee zou kunnen houden ingeval het kind jonger is dan 15 jaar.

De conclusie is dan dat die maatregel, in zoverre hij tot gevolg heeft dat met het belang van het kind onder de 15 jaar nooit rekening wordt gehouden bij de vaststelling van zijn vaderlijke afstamming via erkenning, op onevenredige wijze afbreuk doet aan de rechten van de betrokken kinderen.

815. Tot slot geeft het Arbitragehof nog enige aanduidingen over de manier waarop de door hem vastgestelde discriminatie eigenlijk veroorzaakt wordt, hetgeen er op wijst dat het Arbitragehof zelf goed beseft dat dit arrest verregaande gevolgen meebrengt voor de rechtspraktijk.

Het hof stelt dat de door hem vastgestelde discriminatie in werkelijkheid het gevolg is van het feit dat art. 319, § 3 B.W. niet bepaalt dat rekening gehouden wordt met de *instemming door de minderjarige* beneden 15 jaar: het tweede lid vereist enkel de voorafgaande instemming door het kind *vanaf 15 jaar*. Immers, de door deze bepaling vereiste instemming door de moeder van het minderjarige kind wordt geacht tevens het in rekening brengen van het belang van het kind te verwoorden. Welnu, door te bepalen dat *enkel de moeder* moet instemmen met de vaderlijke erkenning van een kind jonger dan 15 jaar is de wetgever ervan uitgegaan dat alleen de weigering van de moeder voor de rechter een aanwijzing zou zijn voor het bestaan van een strijdigheid met het belang van het kind. Op die manier heeft de wetgever uitgesloten dat de minderjarige onder de 15 jaar zelf, ingeval hij in staat is zijn mening te vormen, of andere personen die ten aanzien van hem verplichtingen opnemen, ingeval hij niet in staat is zijn mening te vormen, de rechter ertoe zouden kunnen brengen rekening te houden met zijn belang.

Het Arbitragehof overweegt dat dergelijke bevoegdheid om de strijdigheid met de belangen van het kind aan de rechter voor te leggen die (voor een kind onder de 15 jaar) op grond van de wettelijke bepaling enkel *aan de moeder* wordt gegeven, weliswaar strijdig is met het gelijkheidsbeginsel om de redenen uiteengezet in zijn arresten van 1990 en 1992 – met name doordat een gelijkaardige bevoegdheid voor de *vader* in geval van moederlijke erkenning ontbreekt – maar dat de vastgestelde discriminatie geenszins ligt in het feit dat, bij ontstentenis van toestemming van de moeder, de rechter controle kan uitoefenen op het eventuele risico voor nadeel voor het kind beneden de 15 jaar ingeval zijn vaderlijke afstamming wordt vastgesteld: de nieuw vastgestelde discriminatie ligt daarentegen wél in het ontbreken van een procedure die de rechter in staat stelt rekening te houden met de instemming door de *minderjarige* beneden de 15 jaar, hetzij in persoon als hij voldoende onderscheidingsvermogen heeft, hetzij bij wege van vertegenwoordiging door de personen die voor hem instaan.

816. Het Arbitragehof overweegt tot slot dat het niet tot zijn bevoegdheid behoort te beslissen *over de vorm* die gegeven moet worden aan de mogelijke controle door de rechter op het belang van het kind beneden de 15 jaar in geval van vaderlijke erkenning. Het komt het Arbitragehof daarentegen wél toe vast te stellen dat het ontbreken van elke mogelijkheid voor de rechter om controle uit te oefenen op het belang van het kind beneden de 15 jaar in geval van vaderlijke erkenning, strijdig is met het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van non-discriminatie.

817. In het beschikkende gedeelte van zijn arrest zegt het Arbitragehof dat art. 319, § 3, eerste lid B.W. de art. 10 en 11 G.W. *niet* schendt in zoverre het de rechter bij wie een verzoek wordt ingesteld tot erkenning van een kind beneden 15 jaar door een man wiens vaderschap niet wordt in vraag gesteld, in staat stelt controle uit te oefenen op het belang dat het kind heeft bij het vaststellen van zijn vaderlijke afstamming, maar *wél* schendt doordat het enkel aan de moeder van een kind beneden de 15 jaar (*bedoeld wordt: en niet aan het kind zelf*) de mogelijkheid toekent om te weigeren in te stemmen met de erkenning van dit kind.

B. Beoordeling van het arrest van 14 mei 2003

818. Het is duidelijk dat het Arbitragehof met dit arrest gedeeltelijk is teruggekomen op zijn stellingname in de arresten van 21 december 1990 en van 8 oktober 1992.

Het Arbitragehof komt *niet* terug op zijn vroegere rechtspraak in zoverre het daarin gesteld heeft dat art. 319, § 3 B.W. de art. 10 en 11 G.W. schendt

in zoverre die bepaling de ontvankelijkheid van een erkenning van een minderjarig kind onderwerpt aan de voorafgaande toestemming van de moeder, zelfs indien deze het biologische vaderschap niet betwist.

Het Arbitragehof komt thans *wél* terug op zijn vroegere rechtspraak in zoverre het daarin gesteld heeft dat art. 319, § 3 B.W. ook strijdig was met art. 10-11 G.W. in zoverre die bepaling, voor het geval de zaak verzonden wordt naar de burgerlijke rechtbank, aan de rechtbank de bevoegdheid geeft te beoordelen of de erkenning al dan niet kan plaatsvinden zelfs indien niet bewezen wordt dat de verzoeker niet de biologische vader is. Het Arbitragehof stelde in zijn arrest van 1992 uitdrukkelijk dat, zoals de bij art. 319, § 3 B.W. ter wille van het belang van het kind ingevoerde controle is georganiseerd, zij het gelijkheidsbeginsel schendt (B.3.3). In het arrest van 2003 zegt het Arbitragehof daarentegen uitdrukkelijk dat de discriminatie *niet* ligt in het feit dat de rechter, bij ontstentenis van toestemming van de moeder, controle kan uitoefenen op een eventueel risico van de vaderlijke erkenning voor een benadeling van het kind dat jonger is dan 15 jaar (B.7.2).

Aldus heeft het Arbitragehof te kennen gegeven dat de veroordeling in zijn rechtspraak van 1990 en 1992 van de discriminatie tussen vaders en moeders m.b.t. de vaststelling van hun buitenhuwelijkse afstamming eigenlijk beperkt diende te blijven tot de kwestie van de voorafgaande toestemming door de moeder bij (vaderlijke) erkenning door de niet-betwiste biologische vader en, in tegenstelling tot hetgeen het gedaan heeft in zijn arresten van 1990 en 1992, niet uitgebreid mocht worden tot de mogelijkheid van een beoordeling door de rechter van het belang van het kind.[26] Aldus erkent het Arbitragehof impliciet maar zeker dat het zich in zijn arresten van 1990 en 1992 vergaloppeerd heeft.

C. Consequenties van het arrest van 14 mei 2003 voor de rechtspraktijk

1. Op het niveau van de ambtenaar van de burgerlijke stand en de notaris

819. Het arrest van 14 mei 2003, in zoverre het voor recht zegt dat art. 319, § 3, eerste lid B.W. de art. 10 en 11 G.W. schendt doordat het enkel aan de moeder van een kind beneden de 15 jaar – en niet aan het kind zelf – de mogelijkheid toekent om te weigeren in te stemmen met de erkenning van dit kind, verandert niets voor de ambtenaar van de burgerlijke stand

[26] Zie in die zin de vraagstelling in de Memorie van de Ministerraad (A.4).

en voor de notaris. Dezen kunnen en moeten enkel de wet toepassen, en zij zijn niet gerechtigd om aan de door de wet voor een vaderlijke erkenning vooropgestelde vereisten een bijkomende voorwaarde toe te voegen. Artikel 26, § 2 Wet Arbitragehof regelt uitsluitend het gezag van gewijsde van de op prejudiciële vraag gewezen arresten van het Arbitragehof ten aanzien van de rechtscolleges, en niet ten aanzien van openbare ambtenaren die hun ambt verlenen zonder dat er een geschil aanhangig is.[27] Dergelijke arresten hebben geen precedentwaarde buiten de sfeer van de rechtscolleges.[28]

Derhalve, indien de moeder met de erkenning instemt en voor zover aan de andere wettelijke vereisten voldaan is, kan en moet de ambtenaar van de burgerlijke stand en de notaris de erkenning te ontvangen, zonder dat zij gerechtigd zijn om een bijkomende toestemming van het kind zelf (ook al zou dit 14 jaar en 11 maanden zijn) of van zijn wettelijke vertegenwoordiger (*als* wettelijke vertegenwoordiger) te eisen.

2. Op het niveau van de vrederechter

820. Hier zijn er evenmin consequenties.

De vrederechter kan nog altijd slechts:
- ofwel erin slagen de kandidaat-erkenner en de moeder (en in voorkomend geval het kind boven 15 jaar) tot verzoening te brengen, in welk geval hij hun toestemmingen akteert;
- ofwel daar niet in slagen, in welk geval hij de zaak moet verwijzen naar de rechtbank van eerste aanleg zonder daarin enige beslissing te kunnen nemen.

3. Op het niveau van de rechtbank van eerste aanleg (en van het hof van beroep)

821. Ingevolge het omgaan van het Arbitragehof zoals boven uiteengezet, verandert de situatie wezenlijk voor de rechtbanken en hoven.

Dezen moeten de wet toepassen, tenzij de wet door het Arbitragehof strijdig bevonden is met de grondwet. Welnu, art. 319, § 3, vierde lid B.W. stelt dat indien het bewijs ontbreekt dat de verzoekende man niet de biologische vader is, de rechtbank met inachtneming van de belangen van

---

[27] Cfr. E. KRINGS, "Beschouwingen over de gevolgen van de door het Arbitragehof gewezen arresten", *R.W.* 1985-86, (481), nr. 62, p. 516.

[28] Cfr. Kort ged. Luik 2 april 1992, *Actualités du Droit* 1992, 1183.

het kind beslist of de erkenning al dan niet kan plaatshebben, en volgens het meest recente arrest van het Arbitragehof schendt deze bepaling de art. 10 en 11 G.W. *niet* in zoverre het de rechter in staat stelt controle uit te oefenen op het belang dat het kind heeft bij het vaststellen van zijn vaderlijke afstamming.

Dit komt er dus op neer dat de rechtbanken en hoven, na gedurende meer dan een decennium op grond van de vroegere rechtspraak van het Arbitragehof systematisch geweigerd te hebben om voor kinderen onder de 15 jaar nog het door de wet bepaalde criterium van het belang van het kind te hanteren, thans op grond van nieuwe rechtspraak van hetzelfde Hof en zonder dat de wetgever hierin is tussengekomen, ertoe gebracht worden om opnieuw dit criterium van het belang van het kind te hanteren.

822. Ook na het arrest van het Arbitragehof van 14 mei 2003 kan de minderjarige beneden 15 jaar nochtans niet in de procedure voor de burgerlijke rechtbank betrokken worden. Geen enkele wetsbepaling geeft de minderjarige de hoedanigheid van procespartij. Zoals gezegd is art. 331*sexies* B.W. dat voorziet in de vertegenwoordiging van de onbekwamen voorzover zij eiser of verweerder zijn bij een rechtsvordering betreffende hun afstamming, hier niet van toepassing (zie boven, nr. 799).

4. Overgangsrecht

823. In de procedures die op 14 mei 2003 hangende waren en zijn voor de rechtbank van eerste aanleg of voor het hof van beroep, dienen de rechters onmiddellijk de wet opnieuw toe te passen die stelt dat zij in de aangegeven hypothese moeten oordelen op grond van het criterium van het belang van het kind.

In de zaken waarin reeds een arrest van een hof van beroep is tussengekomen waarbij aan de man de machtiging wordt verleend om het kind te erkennen, kan een voorziening in cassatie eventueel soelaas bieden.

824. Een erkenning van een kind beneden 15 jaar die tegen de wil in van de moeder is gebeurd krachtens een in kracht van gewijsde getreden vonnis of arrest kan evenwel niet meer worden aangevochten, althans niet op grond van art. 319 B.W.

D. Besluit

825. Met het opnieuw aanwenden door de rechtbanken en hoven van het criterium van het belang van het kind zijn niet alle problemen opgelost. Het arrest van het Arbitragehof van 14 mei 2003 legt niet zozeer de nadruk op het in acht nemen van het belang van het kind, maar wél *op de rechtspositie* van het (minder dan 15-jarige) kind. Welnu, in de rechtspraktijk heeft het kind onder de 15 jaar nog steeds geen enkele zeggenschap ingeval zijn moeder met de vaderlijke erkenning instemt. Aldus kan zelfs een man die niet eens de biologische vader is in samenspraak met de moeder aan een kind beneden 15 jaar een vaderlijke afstamming opdringen waarmee deze laatste helemaal niet gediend is. Slechts ingeval de moeder weigert haar instemming te geven (zelfs al is die weigering gesteund op een heel ander motief dan het belang van het kind, bv. rancune ten aanzien van de man die haar verlaten heeft), kan de rechtbank, via het vage criterium van het belang van het kind, enigszins rekening houden met de wensen van het (oudere) kind zelf. Er blijft derhalve in deze materie een taak weggelegd voor de federale wetgever.[29]

[29] In de Senaat werd een wetsvoorstel ingediend dat beoogt de wettelijke bepalingen inzake afstamming aan te passen aan de rechtspraak van het Arbitragehof, maar dat nog geen rekening houdt met het arrest van 14 mei 2003: *Parl. St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-29/1, Wetsvoorstel van M.-J. LALOY en Ph. MAHOUX d.d. 8 juli 2003. Dit wetsvoorstel herneemt vroeger ingediende voorstellen: *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 2415/1 en *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1599/1.

HOOFDSTUK II.
ANDERE RECENTE ARRESTEN VAN HET ARBITRAGEHOF INZAKE FAMILIERECHT

§ 1. DE ONDERHOUDSUITKERINGEN NA ECHTSCHEIDING OP GROND VAN FOUT EN NA ECHTSCHEIDING OP GROND VAN FEITELIJKE SCHEIDING: ARRESTEN VAN 26 JUNI 2002[30] EN VAN 27 NOVEMBER 2002[31]

A. Situering

826. Bij de invoering, door de Wet van 1 juli 1974, van de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding, was er veel onduidelijkheid over de wijze waarop de onderhoudsuitkering na echtscheiding ex art. 232, eerste lid B.W. (= gewone feitelijke scheiding) zich verhield tot de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van fout. De wetgever is hier immers nogal lapidair tewerk gegaan, door in art. 306 B.W. enkel te bepalen welke ex-echtgenoot "*voor de toepassing van art. 301 B.W.*" geacht wordt de echtgenoot te zijn tegen wie de echtscheiding is uitgesproken, en door in art. 307*bis* B.W. enkel bepaalde modaliteiten voorop te stellen van zowel de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van gewone feitelijke scheiding als na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding wegens geestesstoornis.

827. Intussen werden door de rechtspraak de gelijkenissen en de verschilpunten opgeklaard.

B. Gelijkenissen

828. Waar oorspronkelijk door sommige auteurs en rechtspraak werd voorgehouden, onder meer op grond van de parlementaire voorbereiding, dat de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van art. 232, eerste lid B.W. een zuiver alimentair karakter had en aldus afstak tegen het gemengd alimentair – indemnitair karakter van de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van fout, wordt thans in de rechtspraak algemeen aanvaard dat ook de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van gewone feitelijke scheiding een gemengd alimentair – indemnitair karakter heeft, en dat er op dit punt geen enkel verschil tussen beide

---

[30] Arbitragehof nr. 105/2002 van 26 juni 2002, *Rev. trim. dr. fam.* 2002, 675.

[31] Arbitragehof nr. 171/2002 van 27 november 2002, *Rev. trim. dr. fam.* 2003, 82.

categorieën onderhoudsuitkeringen te ontwaren valt. Overigens hebben de kwalificaties "alimentair" en "indemnitair" een grotendeels academisch karakter nu ze slechts belang hebben voorzover ze overeenstemmen met een positiefrechtelijke norm.

829. Hoewel art. 307*bis* B.W. niet preciseert welke maatstaf gehanteerd moet worden bij het vastleggen van de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding, wordt algemeen aanvaard dat de referentiestandaard uit art. 301, § 1 B.W., ook hier van toepassing is, namelijk dat de uitkeringsgerechtigde ex-echtgenoot aanspraak kan maken op een uitkering "*die, rekening houdend met zijn inkomsten en mogelijkheden, hem in staat kan stellen in zijn bestaan te voorzien op een gelijkwaardige wijze als tijdens het samenleven*".

830. In beide gevallen kan de rechter reeds een *provisionele* onderhoudsuitkering toekennen, ingeval de echtscheiding weliswaar reeds is uitgesproken, maar de principiële uitkeringsgerechtigdheid nog niet definitief vaststaat.

C. Verschilpunten

831. Overeenkomstig art. 301, § 4 B.W. mag het bedrag van de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van fout in geen geval hoger zijn dan één derde van de netto inkomsten van de onderhoudsplichtige ex-echtgenoot. Artikel 307*bis* B.W. bepaalt daarentegen dat de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van (gewone) feitelijke scheiding een derde gedeelte van de inkomsten van de onderhoudsschuldenaar mag te boven gaan. In zijn arresten van 3 mei 2000[32] en van 19 december 2001[33] oordeelde het Arbitragehof dat art. 307*bis* B.W., in zoverre het handelt over (het niet bestaan van) de inkomstengrens, op discriminerende wijze een verschil in behandeling vooropstelt tussen de schuldenaar van een onderhoudsuitkering verleend krachtens de art. 306 en 307 B.W. en de schuldenaar van een onderhoudsuitkering verleend op grond van art. 301 B.W.

Ingevolge deze gevestigde rechtspraak van het Arbitragehof mogen de feitenrechters niet langer op grond van art. 307*bis* B.W. na echtscheiding op grond van gewone feitelijke scheiding een onderhoudsuitkering toekennen die één derde van de netto inkomsten van de onderhoudsplichtige

[32] Arbitragehof nr. 48/2000 van 3 mei 2000, *E.J.* 2000, 78, noot K. VANLEDE.

[33] Arbitragehof nr. 163/2001 van 19 december 2001; zie hierover P. SENAEVE, "Niet-toepasselijkheid van één derde-grens is discriminatoir (*bis*)", *E.J.* 2002, 15-16.

ex-echtgenoot overschrijdt[34]; de rechtspraak van de feitenrechters past dan ook unaniem deze 1/3-grens eveneens in dit geval toe.

832. Overeenkomstig art. 301, § 3, tweede en derde lid B.W. kan de rechtbank een voorheen opgelegde onderhoudsuitkering na echtscheiding verminderen of zelfs opheffen in twee gevallen:
- ingeval de toestand van de uitkeringsgerechtigde een ingrijpende wijziging (in gunstige zin) heeft ondergaan zodat het bedrag van de uitkering niet meer verantwoord is;
- ingeval de toestand van de uitkeringsplichtige een ingrijpende wijziging heeft ondergaan (in ongunstige zin) die het gevolg is van omstandigheden die onafhankelijk zijn van zijn wil.

en overeenkomstig art. 301, § 3, eerste lid B.W. kan de rechtbank een voorheen opgelegde onderhoudsuitkering na echtscheiding enkel verhogen ingeval ze ingevolge omstandigheden onafhankelijk van de wil van de onderhoudsgerechtigde, in ruime mate ontoereikend geworden is om de vroegere levensstandaard te bereiken.

Daarentegen kan op grond van art. 307*bis* B.W. de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding worden aangepast (d.w.z. verhoogd dan wel verminderd) of zelfs afgeschaft "*al naar de wijzigingen in de behoeften en de bestaansmiddelen van partijen*". Artikel 301, § 3 B.W. is hier derhalve niet toepasselijk nu de wet een specifieke, afwijkende regel vooropstelt voor de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding. De rechtsleer leidde hier overwegend uit af dat voor een wijziging van de onderhoudsuitkering ex art. 306-307*bis* B.W., in tegenstelling tot een wijziging van de onderhoudsuitkering na echtscheiding ex art. 301 B.W., geen ingrijpende wijziging in de behoeften en/of de inkomsten van de ex-echtgenoten vereist is.

833. Door de vrederechter van het tweede kanton Doornik werd nu een prejudiciële vraag gesteld aangaande de verenigbaarheid met het gelijkheidsbeginsel (beschouwd vanuit het standpunt van de onderhoudsgerechtigde ex-echtgenoot) van dit verschil in formulering *casu quo* behandeling van de mogelijkheid tot aanpassing van een voorheen vastgelegde onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van fout enerzijds en op grond van feitelijke scheiding anderzijds.

---

[34] Zie hierover K. VANLEDE, "De ongelijke behandeling van onderhoudsschuldenaars na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding in het licht van het Arbitragehofarrest van 3 mei 2000" (noot), *E.J.* 2000, 81-84.

834. Het antwoord van het Arbitragehof op de eerste prejudiciële vraag is tweevoudig:

– Art. 301, § 3 B.W. vereist dat de omstandigheden die de situatie van de uitkeringsplichtige (in geval van een vordering tot verlaging) respectievelijk van de uitkeringsgerechtigde (in geval van een vordering tot verhoging) hebben gewijzigd, onafhankelijk zijn van zijn wil, terwijl art. 307*bis* B.W. die precisering niet vermeldt. Dat verschil in formulering impliceert volgens het Arbitragehof evenwel geen enkel verschil in behandeling, nu door de precisering in art. 301 B.W. dat alleen rekening gehouden mag worden met omstandigheden die onafhankelijk zijn van de wil van de betrokkene, enkel de algemene regel in herinnering wordt gebracht dat de onderhoudsplichtige zich niet vrijwillig in een situatie mag brengen die het hem mogelijk zou maken aan zijn wettelijke onderhoudsverplichting te ontsnappen. Deze algemene regel is dus ook toepasselijk inzake de wijzigbaarheid van een onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding, zodat er op dat vlak geen verschil in behandeling en *a fortiori* geen discriminatie ontwaard kan worden.
– Art. 301, § 3 B.W. vereist voor een verhoging van de onderhoudsuitkering dat zij in ruime mate ontoereikend geworden is, en voor een vermindering van de onderhoudsuitkering dat de toestand van de betrokkene(n) ingrijpend is gewijzigd, terwijl dit strenge vereiste niet geldt in art. 307*bis* B.W. Dit is volgens het Arbitragehof weliswaar een verschil in behandeling, maar geenszins een discriminatie. Uit art. 307*bis* B.W., dat geen ingrijpende wijziging in de behoeften en/of de inkomsten van de ex-echtgenoten vereist respectievelijk geen belangrijke ontoereikendheid van de uitkering, blijkt volgens het Arbitragehof de wil van de wetgever om de hulpplicht tussen echtgenoten waar de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding een einde aan gemaakt heeft, te verlengen na de huwelijksontbinding. Uit art. 301, § 3 B.W. blijkt dat de wetgever na echtscheiding op grond van fout nog meer de nadruk heeft gelegd op het aspect vergoeding van het door de onschuldige echtgenoot, door de fout van de andere, geleden nadeel. Maar dit verschil in behandeling is volgens het Arbitragehof geenszins discriminatoir, nu de maatstaf van de onderhoudsuitkering, waar ook bij een vordering tot verhoging *casu quo* verlaging rekening mee gehouden moet worden, in beide gevallen is het in zijn bestaan te kunnen voorzien op een gelijkwaardige wijze als tijdens het samenleven, rekening houdend met de inkomsten en mogelijkheden van de onderhoudsgerechtigde.

Het Arbitragehof gaat hiermee – m.i. terecht – in tegen de stelling van bepaalde auteurs die hadden voorgehouden dat er geen objectieve rechtvaardiging voor dit verschil in behandeling voorhanden zou zijn.

Het betreft hier dus het enige overblijvende verschil in de regeling tussen beide onderhoudsuitkeringen na echtscheiding.

D. Beslissing van het verwijzende rechtscollege

835. De vrederechter te Doornik heeft ingevolge dit arrest van 26 juni 2002 als volgt gestatueerd.[35]

De partijen waren uit de echt gescheiden op grond van art. 232, eerste lid B.W. en de man was op grond van het niet weerlegde vermoeden van uitsluitende schuld dat op hem rust veroordeeld door een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Doornik van 25 april 1983 tot het betalen van een onderhoudsuitkering na echtscheiding van 5.000 BEF per maand. Bijna 20 jaar later vorderde de man de afschaffing van deze onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van gewijzigde omstandigheden, waarbij hij voorhield dat hij het bedrag van dit onderhoudsgeld (238 € per maand) niet langer kon opbrengen gezien de aanzienlijke daling van zijn beschikbare inkomsten door de afbetaling van twee hypothecaire leningen, zware medische kosten voor zijn tweede echtgenote en zijn oppensioenstelling met ingang van 1 oktober 2000.

De vrederechter overweegt dat, nu de vordering van de man gesteund was op art. 307*bis* B.W. dat aan de schuldenaars van een onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding de mogelijkheid voorbehoudt om er de afschaffing of vermindering van te vorderen "*al naar de wijzigingen in de behoeften en de bestaansmiddelen van de partijen*" en niet op art. 301, § 3, tweede lid B.W. dat de afschaffing of de vermindering slechts toelaat in geval van een *ingrijpende* wijziging van de toestand van de uitkeringsplichtige ingevolge omstandigheden die onafhankelijk zijn van zijn wil, en nu dit verschil in behandeling door het Arbitragehof niet ongrondwettig is bevonden, de schuldenaar van de onderhoudsuitkering de afschaffing of vermindering ervan in rechte kan vorderen op de enkele grond van een wijziging van zijn inkomsten.

Wel mag ook, volgens een gevestigde rechtspraak onder meer van het Hof van Cassatie[36], in het raam van dergelijke vordering in afschaffing of

---

[35] Vred. Doornik (tweede kanton) 5 november 2002, *Rev. trim. dr. fam.* 2003, 382, noot.

[36] Cass. 12 maart 1981, *Pas.* 1981, I, 755.

vermindering, de rechter niet uit het oog verliezen dat de onderhoudsuitkering na echtscheiding beoogt om de onderhoudsgerechtigde toe te laten in zijn bestaan te voorzien in gelijkwaardige vooraarden als degene die hij genoot ten tijde van het samenleven.

Op basis van deze regels komt de vrederechter tot het besluit dat er geen reden is om de onderhoudsuitkering na echtscheiding helemaal af te schaffen, maar wel om het bedrag ervan aanzienlijk te herleiden, namelijk tot 100 € per maand met ingang van de datum van oppensioenstelling van de onderhoudsplichtige.

§ 2. HET BELANG VAN DE KINDEREN BIJ DE ECHTSCHEIDING OP GROND VAN FEITELIJKE SCHEIDING: ARREST VAN 30 JANUARI 2002[37]

836. Eén van de drie voorwaarden voor het uitspreken van een echtscheiding op grond van twee jaar feitelijke scheiding is dat daardoor *"de materiële toestand van de (gemeenschappelijke) minderjarige kinderen (…) niet op gevoelige wijze verslecht*". Waar voorheen deze negatieve vereiste een slechts zeer bescheiden rol speelde in de rechtspraktijk, blijkt zij sinds de Wet van 16 april 2000 – waarbij de vereiste duur van de feitelijke scheiding ingekort werd van vijf naar twee jaar – begrijpelijkerwijze een revival te kennen in de echtscheidingsprocedures op grond van art. 232 B.W., met wisselend succes.

837. Deze met de Wet van 1 juli 1974 ingevoerde kinderbeschermingsexceptie is merkwaardig te noemen zowel omdat zij niet voorkomt bij de andere gronden tot echtscheiding (noch bij echtscheiding op grond van fout, noch bij echtscheiding door onderlinge toestemming) als omdat de ouderlijke bevoegdheden en plichten geenszins geregeld zijn in functie van het huwelijk van de ouders. Gelet op de hausse in het aantal prejudiciële vragen aangaande het familierecht was het te verwachten dat vroeg of laat een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof gesteld zou worden aangaande de verenigbaarheid van deze kinderbeschermingsexceptie met het gelijkheidsbeginsel.

838. Een rechtbank van eerste aanleg stelde volgende prejudiciële vraag: schendt art. 232 B.W. de art. 10 en 11 G.W. in zoverre één der vereisten is dat uit de gegevens van het dossier niet mag blijken dat de echtscheiding

[37] Arbitragehof nr. 30/2002 van 30 januari 2002.

op die grond de materiële toestand van de gemeenschappelijke minderjarige kinderen op gevoelige wijze zou verslechten, terwijl deze vereiste niet wordt gesteld bij een echtscheiding op grond van art. 229 en/of 231 B.W., of m.a.w. is er geen ongelijke behandeling van de kinderen enerzijds van scheidende echtgenoten in het kader van een echtscheiding op grond van feitelijke scheiding van meer dan twee jaar waar hun materiële belangen wél in rekening worden gebracht bij het al dan niet uitspreken van de echtscheiding, en anderzijds van scheidende echtgenoten in het kader van een echtscheiding op grond van fout, waar hun materiële belangen nooit in rekening kunnen worden gebracht.

Evenwel bleek uit de motivering van de prejudiciële vraag dat de verwijzende rechter uitdrukkelijk had vastgesteld dat er *in casu* geen gemeenschappelijke minderjarige kinderen meer waren met wier materiële belangen rekening moest worden gehouden voor de toepassing van art. 232 B.W. (het jongste kind was namelijk reeds meerderjarig). Het Arbitragehof stelt dan ook vast dat zelfs indien het van oordeel zou zijn dat dit onderdeel van art. 232 B.W. dat een vereiste stelt aangaande de materiële toestand van de kinderen in strijd is met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel, dan nog daaruit geenszins zou volgen dat art. 232 B.W. voor het overige buiten toepassing zou dienen te blijven en met name in het geval er geen minderjarige kinderen meer zijn.

Zowel voor de doctrine als voor de rechtspraktijk is het dan ook jammer dat het Arbitragehof niet anders kon dan vaststellen dat het antwoord op de prejudiciële vraag niet dienstig kon zijn voor het beslechten van het geschil dat voor de verwijzende rechter aanhangig was, zodat de prejudiciële vraag geen antwoord behoefde.

839. Intussen heeft de Rechtbank van eerste aanleg te Dendermonde een gelijkaardige prejudiciële vraag aan het Arbitragehof gesteld in volgende bewoordingen: "*Schendt art. 232 B.W. het grondwettelijke gelijkheids- en nondiscriminatiebeginsel (schending van de art. 10 en 11 G.W.) niet nu één van de toepassingsvoorwaarden van deze echtscheiding erin bestaat dat een echtscheiding op die grond de materiële toestand van de gemeenschappelijke minderjarige kinderen niet mag verslechten terwijl deze vereiste niet geldt bij een echtscheiding op grond van art. 229 en/of art. 231 B.W.?*".[38]

[38] *B.S.* 16 juli 2003.

§ 3. DE ONWIJZIGBAARHEID VAN DE ONDERHOUDS-UITKERING NA ECHTSCHEIDING DOOR ONDERLINGE TOESTEMMING: ARREST VAN 2 JULI 2003[39]

A. Situering

840. Aan het Arbitragehof werd de prejudiciële vraag gesteld of de art. 301, 307*bis* en 1134 B.W. en 1288 Ger.W. de art. 10 en 11 G.W. schenden in zoverre een wijziging van de onderhoudsuitkering die na echtscheiding tussen de ex-echtgenoten bedongen werd, slechts mogelijk is met wederzijds akkoord van de ex-echtgenoten of met toepassing van de regels van het algemene verbintenissenrecht, terwijl dergelijke wijziging, onder bepaalde voorwaarden, bij rechterlijke beslissing en zonder akkoord mogelijk is voor de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van fout of op grond van feitelijke scheiding, alsook voor de onderhoudsbijdrage voor de kinderen na echtscheiding door onderlinge toestemming.

B. De onderhoudsuitkering na echtscheiding door onderlinge toestemming vergeleken met de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van bepaalde feiten

841. Terecht stelt het Arbitragehof dat het in het eerste onderdeel van de prejudiciële vraag aangestipte verschil in behandeling m.b.t. de wijzigbaarheid van de onderhoudsuitkering na echtscheiding steunt op een *objectief criterium*, namelijk de aard van de echtscheiding. Immers, de echtscheiding op grond van fout en de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding berusten op een bewezen respectievelijk vermoede fout van een van beide echtgenoten, en geven aanleiding tot de vaststelling van een onderhoudsuitkering na echtscheiding ten voordele van de onschuldige respectievelijk vermoed onschuldige ex-echtgenoot, dit tot concretisering van de wettelijke onderhoudsverplichting die in deze gevallen van echtscheiding bestaat. Daarentegen is aan de echtscheiding door onderlinge toestemming elk schuldcriterium vreemd, en bestaat er na deze vorm van echtscheiding geen verdere wettelijke onderhoudsverplichting. De wet geeft de echtgenoten enkel het recht om bij deze vorm van echtscheiding een onderhoudsuitkering na echtscheiding te bedingen waarvan zij zelf vrijelijk de modaliteiten bepalen, zodat overeenkomstig art. 1134 B.W. de ter zake bedongen overeenkomst de partijen tot wet strekt.

Bovendien acht het Arbitragehof het *niet onevenredig*, gelet op het louter conventionele karakter van de onderhoudsuitkering na echtscheiding door

[39] Arbitragehof nr. 96/2003 van 2 juli 2003.

onderlinge toestemming, dat de wet niet voorziet in bijzondere voorwaarden waaronder na de echtscheiding de conventioneel bedongen onderhoudsuitkering zou kunnen worden gewijzigd op een manier die afwijkt van het gemene verbintenissenrecht dat de totstandkoming van hun overeenkomst beheerst. De echtgenoten hebben immers steeds de mogelijkheid om in hun overeenkomst de voorwaarden en de modaliteiten te bepalen volgens welke het bedrag ervan vatbaar voor herziening zou zijn.

842. Volgens de ex-echtgenoot die voor het verwijzende rechtscollege een wijziging van de door hem toegestane onderhoudsuitkering na echtscheiding door onderlinge toestemming vorderde, vloeide de discriminatie meer bepaald voort uit het door de Wet van 30 juni 1994 gewijzigde art. 1288, eerste lid, 4° Ger.W. dat thans uitdrukkelijk voorschrijft dat de echtgenoten ertoe gehouden zijn om, naast het bedrag van de eventuele onderhoudsuitkering na echtscheiding, tevens "*de formule voor de eventuele aanpassing van die uitkering aan de kosten van levensonderhoud, de omstandigheden waaronder dit bedrag na de echtscheiding kan worden herzien en de nadere bepalingen ter zake*" bij geschrift vast te leggen.[40] De betrokken ex-echtgenoot, die de onderhoudsuitkering na echtscheiding door onderlinge toestemming had toegestaan vóór de inwerkingtreding van de Wet van 30 juni 1994, meende gediscrimineerd te zijn door het vroegere art. 1288, 4° Ger.W. dat niet voorschreef dat de echtgenoten die een onderhoudsuitkering na echtscheiding overeenkwamen, tevens een regeling dienden te treffen nopens de wijzigbaarheid ervan.

Terecht stipt het Arbitragehof aan dat de wetgever van 30 juni 1994 aan de echtgenoten die door onderlinge toestemming uit de echt wensen te scheiden, geen extra bevoegdheid heeft toegekend dan die waarover zij reeds beschikten op grond van art. 1134 B.W.: de wetgever heeft met de herformulering enkel beoogd de echtgenoten ertoe te dwingen na te denken over een herzieningsbeding door de verplichte opname in hun overeenkomst van een formule voor eventuele aanpassing aan de kosten van levensonderhoud en van een regeling aangaande een eventuele herziening ervan. Aangezien ten gronde geen enkele wijziging werd aangebracht in de mogelijkheden waarover de echtgenoten voordien reeds beschikten, heeft de wetgever van 1994 met deze bepaling geen maatregel genomen die onevenredig zou zijn met de doelstelling van de wet om op die mogelijkheden van wijzigbaarheid uitdrukkelijk te wijzen (B.4.3).

---

[40] Zie daarover F. BUYSSENS, "De echtscheiding door onderlinge toestemming", in P. SENAEVE en W. PINTENS (eds.), *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen,* Antwerpen, Maklu, 2de uitg. 1997, nrs. 649-651.

Het eerste onderdeel van de prejudiciële vraag wordt dan ook ontkennend beantwoord.

C. De onderhoudsuitkering na echtscheiding door onderlinge toestemming vergeleken met de onderhoudsbijdrage voor de kinderen na echtscheiding door onderlinge toestemming

843. Even terecht stelt het Arbitragehof dat het – in het tweede onderdeel van de prejudiciële vraag aangestipte – verschil in behandeling m.b.t. de wijzigbaarheid van de onderhoudsgelden na echtscheiding door onderlinge toestemming van de ene kant m.b.t. de onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten en van de andere kant m.b.t. de onderhoudsbijdrage ten behoeve van gemeenschappelijke kinderen eveneens steunt op een *objectief criterium*, namelijk enerzijds de band met de uitkeringsgerechtigde (ex-echtgenoot respectievelijk de gemeenschappelijke kinderen) en anderzijds de aard van de verplichtingen van de uitkeringsplichtige (wegvallen van een wettelijke onderhoudsverplichting tussen de ex-echtgenoten onderling, behoud van de wettelijke onderhoudsverplichting van elk van beiden tegenover hun gemeenschappelijke kinderen).

844. Het Arbitragehof stelt bovendien dat het met de genoemde Wet van 30 juni 1994 ingevoerde tweede lid van art. 1288 Ger.W.[41] houdende de mogelijkheid tot wijziging door de rechter van het beding in de voorafgaande overeenkomst aangaande de onderhoudsbijdrage voor de minderjarige kinderen ingeval nieuwe omstandigheden buiten de wil van de partijen hun toestand of die van hun kinderen wijzigen, geen onevenredige maatregel is, nu art. 1290, tweede lid Ger.W. ook aan de rechter de bevoegdheid heef toegekend om toezicht uit te oefenen op de regeling van de overeenkomst m.b.t. de minderjarige kinderen (B.6.2).

Aldus wordt ook het tweede onderdeel van de prejudiciële vraag door het Arbitragehof ontkennend beantwoord.

---

[41] Nadien nog aangepast door de Wet van 20 mei 1997; zie hierover F. BUYSSENS, *o.c.*, nrs. 732-738.

§ 4. DE TERMIJN VAN HOGER BEROEP IN DE PROCEDURE TOT ONTHEFFING VAN DE MINIMALE HUWELIJKS-LEEFTIJD: ARREST VAN 30 JANUARI 2003[42]

A. Analyse van het arrest van 30 januari 2003

845. In deze zaak beoogde de verwijzende rechter van het Arbitragehof te vernemen of art. 145, derde lid B.W. een discriminatie inhoudt doordat die bepaling de termijn van hoger beroep doet lopen vanaf de uitspraak van het vonnis van de jeugdrechter.

De prejudiciële vraag vermeldde niet met welke regeling de in het geding zijnde bepaling wordt vergeleken. In de motivering van het verwijzingsarrest werd evenwel verwezen naar de algemene regeling van art. 1051 Ger.W. volgens hetwelk de termijn van hoger beroep slechts begint te lopen vanaf de betekening of kennisgeving van de uitspraak in eerste aanleg.

846. Het Arbitragehof stelt vast dat art. 145, derde lid in het B.W. werd ingevoegd bij de Wet van 19 januari 1990, die de leeftijd vanaf welke men kan huwen, op 18 jaar heeft vastgesteld, en die de administratieve procedure waarbij dispensatie kon worden verleend door de Koning, heeft vervangen door een procedure voor de jeugdgerechten. De wetgever was hierbij van oordeel dat de procedure voor de jeugdgerechten het voordeel biedt dat de partijen worden gehoord en dat hoger beroep mogelijk is.[43] Volgens de uitdrukkelijke wil van de wetgever is de procedure aan korte termijnen gebonden. De spoedige behandeling van het verzoek om dispensatie werd noodzakelijk geacht omdat de maatregel verband houdt met delicate sociale toestanden en de partijen niet lang in het ongewisse mogen blijven omtrent de uitkomst van hun verzoek.[44]

847. Het Arbitragehof overweegt dat het recht op hoger beroep kan worden onderworpen aan bijzondere ontvankelijkheidsvereisten. De procedure geregeld bij art. 145 B.W. moet het voorwerp uitmaken van een beslissing in eerste aanleg en in hoger beroep binnen een termijn van vijftien dagen. In het licht van de door de wetgever nagestreefde doelstellingen is het pertinent om te bepalen dat geen verzet mogelijk is, en dat het hoger beroep op korte termijn moet worden ingesteld.

---

42 Arbitragehof nr. 20/2003 van 30 januari 2003.
43 *Parl. St.* Kamer 1988-89, nr. 42/3, pp. 14-16; *Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 634/2, p. 3.
44 *Parl. St.* Kamer 1988-1989, nr. 42/3, pp. 14-16.

Doordat de wetgever bepaalt dat de termijn voor hoger beroep loopt vanaf de uitspraak van het vonnis (en niet vanaf de betekening ervan), heeft hij, volgens het Arbitragehof, evenwel een maatregel genomen die *niet* redelijkerwijze *evenredig* is met het nagestreefde doel. Die regel, in samenhang met de regel die het verzet uitsluit, kan tot gevolg hebben – de art. 770 en 792 Ger.W. bieden geen informatiewaarborg die gelijkwaardig is met de betekening die de regel is en evenmin met de kennisgeving waarvan de wet het aanvangspunt van de termijn maakt in bepaalde gevallen – dat een partij die om een reden onafhankelijk van haar wil verstek heeft laten gaan, niet in staat is hoger beroep in te stellen. Die aantasting van de rechten van de verdediging is volgens het Arbitragehof onevenredig met de nagestreefde doelstellingen.

Het Arbitragehof voegt er – terecht – aan toe dat indien de minderjarige een verzoek tot ontheffing van de leeftijdsvereiste om te huwen heeft ingediend in een contentieuze procedure tegen zijn ouder(s), en hij verstek heeft laten gaan, hem het rechtsmiddel van hoger beroep tegen een weigeringsbeslissing van de jeugdrechtbank (en dus een rechtsgang) *de facto* wordt ontzegd, terwijl de wetgever juist de minderjarige wilde beschermen tegen mogelijke vertragingsmanoeuvres vanwege zijn ouder(s).

848. De prejudiciële vraag wordt dan ook bevestigend beantwoord.

B. Beoordeling van het arrest van 30 januari 2003

849. Het is niet de eerste keer dat het Arbitragehof zich diende uit te spreken aangaande de verenigbaarheid met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel van bepaalde wettelijke regels aangaande de termijn van hoger beroep in bijzondere familierechtelijke procedures.

In een arrest van 5 maart 1997 oordeelde het Arbitragehof dat de vroegere algemene regel in civielrechtelijke zaken aangaande de termijn van hoger beroep tegen een vonnis van de jeugdrechtbank, namelijk één maand te rekenen vanaf de uitspraak, ongeacht of het vonnis op tegenspraak dan wel bij verstek werd gewezen (oud art. 58, tweede lid Jeugdbeschermingswet), in strijd was met het gelijkheidsbeginsel, omdat zij, in samenhang met het uitsluiten van het verzet in civielrechtelijke zaken voor de jeugdrechtbank (zelfde bepaling), tot gevolg kon hebben dat een partij die om reden onafhankelijk van haar wil verstek heeft laten gaan voor de jeugdrechtbank, *de facto* niet in staat was enig hoger beroep in te stellen, wat geacht werd een aantasting van de rechten van de verdediging in te houden die onevenredig was met de door de wetgever nagestreefde doelstellingen van verlichting van de procedure voor de jeugdrechtbanken en van

bekommernis om snel duidelijkheid te krijgen omtrent het lot van het kind.[45]

850. Door de Wet van 18 mei 1998 werd deze ongrondwettelijk bevonden regel uit art. 58, tweede lid Jeugdbeschermingswet geschrapt. Door de van het gemene recht afwijkende berekeningswijze van de termijn van hoger beroep uit de Jeugdbeschermingswet weg te laten, werd aangaande deze kwestie – gelet op het bepaalde van art. 62 Jeugdbeschermingswet – de regel van art. 1051 Ger.W. ook toepasselijk op het hoger beroep tegen een vonnis van de jeugdrechtbank in civiele materies, namelijk één maand te rekenen vanaf de betekening van het vonnis of, in bepaalde gevallen, vanaf de kennisgeving ervan door de griffie, en dus niet meer één maand vanaf de uitspraak.[46]

851. Ook in een arrest van 16 oktober 2001, m.b.t. art. 7*bis* van de Jachtwet van 28 februari 1882, werd een daarmee vergelijkbare problematiek door het Arbitragehof in dezelfde zin beslecht.[47] Het Arbitragehof stelde hierbij dat dit artikel, in zoverre het bepaalt dat in de materie van de vergoeding voor de aan vruchten en gewassen door konijnen aangebrachte schade, het hoger beroep niet meer ontvankelijk is na 14 dagen te rekenen van de uitspraak van het vonnis, een schending uitmaakt van het gelijkheidsbeginsel; aldus werd hier evenwel niet alleen het van het gemene procesrecht afwijkende *vertrekpunt* van de termijn van hoger beroep, maar evenzeer de van het gemene recht afwijkende *duur* van de termijn van hoger beroep, op de korrel genomen.

852. In het arrest van 30 januari 2003 was de problematiek aan de orde van de termijn van hoger beroep in een specifieke materie die eveneens door de jeugdrechtbank wordt behandeld, namelijk het verzoek tot ontheffing van de minimumleeftijdsvereiste om te huwen, die overeenkomstig art. 144 B.W. op 18 jaar bepaald is, ongeacht het geslacht.

Deze procedure voor de jeugdrechtbank is een procedure *op eenzijdig verzoekschrift* ingeval beide ouders of de enige ouder met het huwelijk instemmen en zij de vordering tot het bekomen van ontheffing inleiden, alsook ingeval de minderjarige zonder ouders of diens voogd de vordering

---

45 Arbitragehof nr. 10/97 van 5 maart 1997, *B.S.* 15 mei 1997.

46 *Parl. St.* Kamer 1996-1997, nr. 1024/1, wetsvoorstel van J.-J. VISEUR, p. 4.

47 Arbitragehof nr. 125/2001 van 16 oktober 2001.

inleidt (aangezien er dan niemand met het huwelijk moet instemmen).[48] Verzet is dan uit de aard der zaak onmogelijk. Hoger beroep is volgens art. 145, derde lid B.W. mogelijk binnen acht dagen na de uitspraak.

Ingeval daarentegen minstens één ouder weigert in te stemmen, dan betreft het een *contentieuze* rechtspleging, waarbij de vordering wordt ingesteld *tegen* de ouder of ouders die weigeren toe te stemmen. Voor deze hypothese werd het rechtsmiddel van verzet uitdrukkelijk uitgesloten (art. 145, derde lid B.W.), om te vermijden dat de ouder die voor de jeugdrechtbank niet verschijnt, dit rechtsmiddel zou aanwenden louter om tijd te winnen.[49] Ook in dat geval is de termijn om hoger beroep aan te tekenen 8 dagen, en begint die eveneens te lopen vanaf de dag van de uitspraak door de jeugdrechtbank ongeacht of het vonnis bij tegenspraak dan wel bij verstek werd uitgesproken.

853. De door het Arbitragehof beantwoorde prejudiciële vraag gaat enkel over het *vertrekpunt* van de termijn van hoger beroep in deze specifieke materie. De prejudiciële vraag werd gesteld in een casus waarin beide ouders de dispensatie voor hun dochter aan de jeugdrechtbank hadden gevraagd maar hun verzoek afgewezen werd; het betrof dus een procedure op eenzijdig verzoekschrift. De prejudiciële vraag was evenwel in algemene bewoordingen gesteld, en ze is door het Arbitragehof ook uitdrukkelijk in algemene zin beantwoord, d.w.z. zowel voor deze hypothese van een procedure op eenzijdig verzoekschrift als voor de hypothese van de contentieuze procedure.

De vraag handelde niet over de *duur* van de termijn van hoger beroep, namelijk acht dagen, in plaats van één maand zowel in het gemene procesrecht (art. 1051, eerste lid Ger.W.) als in de andere civielrechtelijke procedures voor de jeugdrechtbank (art. 62 Jeugdbeschermingswet). Desalniettemin overweegt het Arbitragehof dat, in het licht van de door de wetgever nagestreefde doelstellingen, het pertinent is om te bepalen dat het hoger beroep in deze materie op korte termijn moet worden ingesteld. Deze overweging sluit quasi zeker uit dat bij een mogelijke toekomstige prejudiciële vraag hieromtrent, het Arbitragehof zou oordelen dat de van het gemene recht afwijkende duur van de termijn van hoger beroep op zich discriminatoir zou zijn.

---

48 Zie voor de wijziging ingevolge de wet van 29 april 2001: P. SENAEVE, "Werking van de voogdij inzake de persoon – Wijzigingen in Boek I B.W. inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding", in P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2002, nrs. 195-200.

49 *Parl. St.* Kamer 1988-89, nr. 42/3, p. 20.

854. In exact dezelfde bewoordingen als in zijn arrest van 5 maart 1997 aangaande de gewone civielrechtelijke procedures voor de jeugdrechtbank stelt het Arbitragehof thans, aangaande de procedure voor de jeugdrechtbank inzake de dispensatie van de minimum huwelijksleeftijd, dat het laten lopen van de termijn van hoger beroep vanaf de uitspraak, een maatregel is die *onevenredig* is met de doelstelling van de wetgever, *in casu* een soepele procedure bewerkstelligen die partijen niet al te lang in het ongewisse laat over de uitkomst ervan. Op die manier wordt immers een partij die ongewild verstek heeft laten gaan voor de jeugdrechtbank, *de facto* in de onmogelijkheid geplaatst om hoger beroep aan te tekenen, daar de termijn van 8 dagen vanaf het vonnis in de praktijk al verstreken zal zijn vooraleer die partij kennis krijgt van het vonnis, hetgeen een onaanvaardbare schending van het recht van verdediging inhoudt.

855. Door dit arrest van het Arbitragehof mogen de jeugdkamers van de hoven van beroep art. 145, derde lid B.W. niet meer toepassen in zoverre het de termijn van hoger beroep doet lopen vanaf de uitspraak.

Nu deze bepaling wat dit aspect betreft niet meer mag worden toegepast, vallen de hoven van beroep noodgedwongen terug op de gemeenrechtelijke bepaling van art. 1051 Ger.W. dat stelt dat de termijn om hoger beroep aan te tekenen (daar weliswaar van één maand) pas begint te lopen *vanaf de betekening* van het vonnis. Deze regel kan vanzelfsprekend enkel worden toegepast in een contentieuze procedure voor de jeugdrechtbank.

In een geval van een procedure op eenzijdig verzoekschrift heeft dit voor gevolg dat het hof van beroep het hoger beroep niet meer laattijdig kan verklaren, daar er in de wet geen alternatief bestaat voor het vertrekpunt van de termijn van hoger beroep. Geen enkele wettelijke bepaling schrijft immers voor dat het vonnis door de griffie bij gerechtsbrief verstuurd dient te worden naar de verzoeker. Dit is bijzonder problematisch voor de rechtszekerheid, temeer daar het O.M. ingeval van een gunstig vonnis hoger beroep kan instellen voorzover de openbare orde zijn tussenkomst vergt.[50]

De duur van de termijn, namelijk 8 dagen, blijft in de materie van de dispensatie van de huwelijksleeftijd evenwel onverminderd gelden.

856. Het is in deze materie die de staat van de persoon betreft meer dan wenselijk dat de wetgever – zoals na het arrest van het Arbitragehof van 5 maart 1997 – op korte termijn art. 145, derde lid B.W. aanpast.

---

[50] Zie P. SENAEVE, in *Comm. Pers.*, ART. 145 B.W., nr. 32, Kluwer, Antwerpen, losbl. (1990).

Nog net vóór de parlementsontbinding van 2003 werd in de Kamer van Volksvertegenwoordigers een wetsvoorstel ingediend waarbij, teneinde de door het Arbitragehof gewraakte schending van de Grondwet recht te zetten, werd voorgesteld om de termijn van hoger beroep steeds te doen lopen vanaf de betekening van het vonnis.[51] Dit wetsvoorstel is intussen komen te vervallen.

Dit wetsvoorstel bood evenwel geen oplossing voor het (in de praktijk meest voorkomende) geval van de procedure op eenzijdig verzoekschrift, waar er van betekening van het vonnis geen sprake kan zijn. Het verdient daarom aanbeveling – in navolging van wat bepaald is aangaande de procedure van homologatie van de adoptie (art. 351, eerste lid B.W.) – (enkel) voor die hypothese te voorzien in de verplichte kennisgeving van het vonnis door de griffie van de jeugdrechtbank aan de verzoeker(s), en de termijn van hoger beroep te rekenen vanaf deze kennisgeving van het vonnis.

§ 5. HET ONDERZOEK NAAR HET VADERSCHAP EN DE TOEKENNING VAN EEN RENTE NA DODELIJK ARBEIDSONGEVAL: ARREST VAN 9 JANUARI 2002[52]

857. Het Arbitragehof werd ondervraagd over de schending van de art. 10 en 11 G.W. door art. 13, § 5 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, zoals gewijzigd bij de wet van 29 april 1996, doordat dit het voordeel van de rente na dodelijk arbeidsongeval ontzegt aan de kinderen die de vordering tot onderzoek naar het vaderschap hebben ingesteld na het overlijden ten gevolge van het arbeidsongeval, terwijl diezelfde bepaling, gelezen in samenhang met § 1, een rente tot vergoeding van een dodelijk arbeidsongeval toekent aan de kinderen die een vordering tot onderzoek naar het vaderschap hebben ingesteld vóór de datum van het overlijden ten gevolge van het arbeidsongeval.

Art. 13, § 5 Arbeidsongevallenwet bepaalt: "*Gerechtelijke vaststelling van afstamming komt voor de toepassing van dit artikel slechts in aanmerking voor zover de procedure tot vaststelling van de afstamming werd ingeleid vóór de datum van het overlijden ten gevolge van een arbeidsongeval, behalve indien het kind verwekt maar nog niet geboren was. […]*"

---

51 *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 2388/001, wetsvoorstel ingediend door F. ERDMAN d.d. 20 maart 2003.

52 Arbitragehof nr. 10/2002 van 9 januari 2002.

858. Het Arbitragehof stelt vast dat volgens de parlementaire voorbereiding de wetgever van 29 april 1996, die art. 13 Arbeidsongevallenwet heeft gewijzigd, tot doel had gevolgen te trekken uit zowel het arrest-Marckx van 13 juni 1979 van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, als uit de Afstammingswet van 31 maart 1987. Uit de memorie van toelichting bleek met name dat het de bedoeling van de wetgever was de discriminatie tussen kinderen die al dan niet uit het huwelijk zijn voortgesproten, af te schaffen.[53]

Behoudens indien het gaat om een kind dat vóór het overlijden is verwekt, maar erna is geboren, worden de kinderen wier afstamming na het overlijden van het slachtoffer van het arbeidsongeval wordt vastgesteld, door de wet evenwel uitgesloten van het voordeel van de rente.

859. Het Arbitragehof overweegt terecht dat de eerste en de tweede reden die daartoe werden aangevoerd, namelijk het vermijden van bedrieglijke erkenningen en het vermijden van procedures die louter met een financiële bedoeling worden ingeleid, niet pertinent zijn. De vaststelling van een afstamming *post mortem* gebeurt immers na een procedure tijdens welke de rechter, zelfs ambtshalve, "een bloedonderzoek of enig ander onderzoek volgens beproefde wetenschappelijke methodes [kan] gelasten" (art. 331*octies* B.W.) en houdt rekening met het bezit van staat, voor zover het voortdurend is en bewezen wordt door feiten die "te samen of afzonderlijk de betrekking van afstamming aantonen" (art. 331*nonies* B.W.). Tot slot kan elke persoon aan wie de rechterlijke beslissing wordt tegengeworpen, derdenverzet instellen (art. 331*decies* B.W.). Aldus blijkt dat de procedure tot onderzoek naar het vaderschap, inzonderheid sinds een beroep gedaan kan worden op betrouwbare wetenschappelijke bewijsmethoden, voldoende waarborgen biedt die het risico van valse vaststellingen van afstamming uitsluiten.

860. De derde verantwoording die werd aangevoerd, betrof de noodzaak de rechtszekerheid niet in het gedrang te brengen, d.w.z. de rechten die, op de dag van het overlijden van het slachtoffer, door de andere begunstigden van renten definitief verworven zijn, niet in het geding te brengen.

Dienaangaande overweegt het Arbitragehof dat de niet-tijdige ontdekking van een begunstigde van renten na dodelijk arbeidsongeval ofwel het beginsel zelf van het recht van andere begunstigden in het gedrang kan brengen, ofwel enkel het bedrag van hun rente. Vermits de wetgever die

[53] *Parl. St.* Kamer 1995-96, nr. 352/1, pp. 26-27, en nr. 352/11, pp. 4 en 12.

rechtsonzekerheid wil vermijden, is het volgens het Arbitragehof *pertinent* enkel rekening te houden met vaststellingen van afstamming die vóór het overlijden zijn gebeurd.

861. Het constitutionele hof oordeelt evenwel dat, nu die maatregel er kan toe leiden de rente te weigeren aan een kind van wie de afstamming zal zijn vastgesteld, de vraag rijst of de radicale maatregel die erin bestaat elke vordering tot onderzoek naar het vaderschap ingesteld na het overlijden van het slachtoffer uit te sluiten, niet onevenredig is met het door de wetgever nagestreefde doel. Men zou kunnen begrijpen dat de wetgever, om het creëren van rechtsonzekerheid te vermijden, maatregelen neemt om te verhinderen dat niet-tijdige eisen de rechten in het gedrang zouden brengen van degenen van wie de afstamming vóór het overlijden was vastgesteld. Het Arbitragehof stelt hieromtrent vast dat de vorderingen tot betaling van vergoedingen in beginsel verjaren na het verstrijken van een termijn van drie jaar (art. 69 Arbeidsongevallenwet), wat een bepaalde rechtsonzekerheid gedurende die termijn inhoudt.

Het Arbitragehof oordeelt dat het *onevenredig* is met de nagestreefde doelstelling elke aanvraag om rente door een kind dat vóór de datum van het overlijden geboren is maar waarvoor de procedure tot onderzoek naar het vaderschap niet werd ingeleid vóór die datum, uit te sluiten. Dergelijke maatregel kan ertoe leiden een kind wiens afstamming ten aanzien van het slachtoffer van het dodelijke arbeidsongeval vaststaat, van de rente te beroven, zelfs ingeval geen enkele andere rechthebbende zich kenbaar zou hebben gemaakt en zelfs in de veronderstelling dat de vordering tot onderzoek naar het vaderschap is ingesteld en de afstamming is vastgesteld binnen termijnen die geen overdreven inbreuk maken op de rechtmatige belangen van de andere begunstigden.

862. Het Arbitragehof merkt terloops op dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft nagegaan of de wettelijke bepaling die het kind dat de vader tijdens zijn leven niet had erkend, van zijn erfopvolging uitsluit, bestaanbaar was met de artikelen 8 en 14 E.V.R.M., en dat het heeft geoordeeld dat dergelijke uitsluiting onevenredig is met de doelstelling van de wetgever, namelijk bescherming van de rechten van de andere erfgerechtigden.[54]

863. De prejudiciële vraag wordt door het Arbitragehof dan ook bevestigend beantwoord.

---

[54] E.H.R.M., arrest Camp en Bourimi t/ Nederland van 3 oktober 2000.

§ 6. DE FAMILIENAAM VAN HET KIND: ARREST VAN 6 NOVEMBER 2002

864. Nadat het Arbitragehof voorheen reeds herhaalde malen uitspraak heeft moeten doen over bijkomende regels van het naamrecht[55], heeft het in dit arrest uitspraak gedaan over de hoofdregel inzake de verkrijging van de familienaam via een gewone afstammingsband, namelijk het doorgeven van de familienaam via de afstamming langs vaderszijde.

Het Arbitragehof stelt hierin met een bijzonder korte motivering dat het geen schending uitmaakt van art. 10 en 11 G.W. dat het kind, in de hypothese van een huwelijks kind of van een buitenhuwelijks kind wiens afstamming eerst komt vast te staan langs vaderszijde of gelijktijdig met die langs moederszijde, niet de naam van de moeder kan dragen.[56]

§ 7. ASPECTEN VAN HET ADOPTIERECHT

A. Het voorbehouden van een tweede adoptie voor minderjarigen: arrest van 22 januari 2003[57]

865. Aan het Arbitragehof werd volgende prejudiciële vraag
"Schendt artikel 346, tweede en derde lid B.W. de art. 10 en 11 G.W., in zoverre het tot gevolg heeft dat bij herroeping van de adoptie ten opzichte van de adoptant of van beide adopterende echtgenoten of bij overlijden van de adoptant of van beide echtgenoten die geadopteerd of ten volle geadopteerd hebben, een nieuwe adoptie enkel toegelaten is indien de geadopteerde minderjarig is".

866. Het Arbitragehof stelt vooreerst vast dat uit art. 346 B.W. volgt dat een persoon die reeds werd geadopteerd, niet opnieuw kan worden geadopteerd, behalve in geval van overlijden van één of van beide adoptanten of in geval van herroeping van de adoptie; indien de eerste adoptie gebeurde door echtgenoten en zij zou worden herroepen ten aanzien van beiden[58] of indien de adopterende echtgenoten beiden overleden zijn, is een

---

55 Arbitragehof nr. 38/93 van 19 mei 1993 (art. 335, § 3, tweede lid B.W.); Arbitragehof nr. 65/94 van 14 juli 1994 (art. 335, § 3, derde lid B.W.); Arbitragehof nr. 79/95 van 28 november 1995, Arbitragehof nr. 64/96 van 7 november 1996, en Arbitragehof nr. 68/97 van 6 november 1997 (art. 335, § 3, eerste lid B.W.).

56 Arbitragehof nr. 161/2002 van 6 november 2002.

57 Arbitragehof nr. 12/2003 van 22 januari 2003.

58 In de Nederlandstalige versie van het arrest wordt ten onrechte gesteld dat dit zou gelden indien de adoptie zou worden herroepen "*ten aanzien van één van hen*" (B.2); in de Franstalige versie wordt hier terecht melding gemaakt van de hypothese dat de adoptie "*soit révoquée à l'égard de l'un et de l'autre*".

nieuwe adoptie slechts mogelijk zolang de geadopteerde minderjarig is; indien de geadopteerde reeds meerderjarig is, is een nieuwe adoptie slechts mogelijk in het geval waarin de eerste adoptie gebeurde door echtgenoten van wie er één is overleden, of indien ten aanzien van één van hen de adoptie werd herroepen, en voor zover de nieuwe adoptant de tweede echtgenoot is van de andere oorspronkelijke adoptant.

867. Het Arbitragehof is terecht van oordeel dat het verschil tussen beide categorieën van personen steunt op een objectief criterium, te weten het al dan niet meerderjarig zijn.

868. Het Hof stelt vast dat door in de art. 346 en 368, § 3 B.W. opeenvolgende adopties uit te sluiten, de wetgever de stabiliteit van de verwantschapsbanden en de gezinsomgeving van de geadopteerde heeft willen waarborgen: hij wilde dat de adoptie het een kind mogelijk maakte "*in een milieu [te komen] waarin verwantschapsbanden tot stand kunnen komen die vergelijkbaar zijn met de biologische afstamming*"[59] en was van oordeel dat de adoptie niet bestemd was om volwassenen in staat te stellen achtereenvolgens in verschillende gezinnen binnen te dringen.[60]

Het Arbitragehof is van oordeel dat het verbod van een tweede adoptie van een meerderjarige relevant is ten aanzien van dergelijke doelstellingen, aangezien de wetgever, zonder onevenredig afbreuk te doen aan de rechten van de belanghebbenden, van oordeel kon zijn dat het niet verantwoord was dat de persoon die reeds de bescherming die de adoptie biedt, heeft genoten en reeds kon worden opgenomen in een gezinsomgeving en er volwassen kon worden, daar opnieuw voor in aanmerking zou dienen te komen, met het risico aldus conflicten tussen families te genereren.

869. De prejudiciële vraag wordt door het Arbitragehof dan ook ontkennend beantwoord.

B. Het ogenblik van het bereiken van de meerderjarigheid door de geadopteerde: arrest van 28 mei 2003[61]

870. Het Arbitragehof oordeelt dat art. 368, § 2 B.W. de art. 10 en 11 G.W. *niet* schendt in zoverre het, ten aanzien van de datum van inaanmerkingneming van de leeftijd van de geadopteerde, een verschil in behandeling inhoudt tussen de adoptant die de bij art. 348 B.W. vereiste toestemmingen

---

59 *Parl. St.* Senaat 1985-86, nr. 256-2, p. 65.
60 *Parl. St.* Senaat 1966-67, nr. 358, pp. 69 en 70.
61 Arbitragehof nr. 76/2003 van 28 mei 2003.

tot de adoptie verkregen heeft (= contractuele adoptie) en degene aan wie die toestemming(en) zijn (is) geweigerd (= gedwongen adoptie).

871. Bij contractuele adoptie moet de geadopteerde nog minderjarig zijn bij het opmaken (bij de vrederechter of bij de notaris) van de akte van volle adoptie; bij gedwongen adoptie moet de geadopteerde nog minderjarig zijn bij het neerleggen van het verzoekschrift tot het uitspreken van de adoptie bij de jeugdrechtbank.

Het Arbitragehof stelt vast dat de rechtspleging ingeval er geen betwisting bestaat en de rechtspleging in geval van betwisting de toetsing met elkaar gemeen hebben die wordt uitgeoefend door de rechtbank, die in beide gevallen er mee belast is "*met inachtneming van alle wettige belangen, na [te gaan] of de adoptie op wettige redenen steunt en de andere door de wet gestelde voorwaarden vervuld zijn*" (art. 350, § 3, vijfde lid en art. 353, § 3, vijfde lid B.W.).

Het constitutionele hof oordeelt terecht dat, nu de bepaling m.b.t. het vaststellen van het tijdstip van de minderjarigheid rekening houdt met het ogenblik waarop, met het oog op de inwerkingstelling van de toetsing waar de rechter mee belast is, de eerste akte opgesteld is die in elk van beide procedures een vaste datum heeft – namelijk de adoptieakte ingeval van contractuele adoptie en het inleidende verzoekschrift in geval van betwiste adoptie –, zij een criterium in aanmerking neemt dat *pertinent* is ten aanzien van de noodzaak om elke rechtsonzekerheid te vermijden, wat art. 357 B.W. doet door te bepalen dat de adoptie gevolgen heeft vanaf de adoptieakte bedoeld in art. 349 B.W. respectievelijk vanaf het neerleggen van het verzoekschrift bedoeld in art. 353 B.W.

Bovendien heeft, volgens het Arbitragehof, het betreffende verschil in behandeling *geen onevenredige gevolgen*, nu de gewone adoptie mogelijk blijft ook na de meerderjarigheid, en bovendien de betrokkenen weten dat de in art. 349 B.W. bedoelde adoptieakte noodzakelijkerwijze voorafgegaan wordt door een aantal stappen die een zekere tijd in beslag nemen.

§ 8. NOG TE VERWACHTEN ARRESTEN VAN HET ARBITRAGEHOF

872. Aan het Arbitragehof werd de prejudiciële vraag gesteld of de artikelen 371 en volgende B.W. de art. 10 en 11 G.W. schenden in zoverre het

ouderlijk gezag enkel kan worden toegekend aan personen die met een kind een afstammingsband hebben.[62]

873. Aan het Arbitragehof werd de prejudiciële vraag gesteld of de verbodsbepaling van art. 321 B.W. (= verbod van vaderlijke erkenning van een in incest verwekt kind) geen discriminatie inhoudt, *enerzijds* ten aanzien van een kind geboren uit een relatie waaruit een volstrekt huwelijksbeletsel blijkt in vergelijking tot alle andere kinderen, *anderzijds* ten aanzien van de vader van zo'n kind, die zijn afstammingsband niet kan vestigen, in vergelijking tot de moeder, ten aanzien van wie de afstammingsband steeds vaststaat.[63]

874. Aan het Arbitragehof werd een prejudiciële vraag gesteld naar de verenigbaarheid van de vervaltermijn van drie jaar voor het instellen van een onderhoudsvordering tegen de verwekker van een kind (art. 337, § 1 B.W.) met het gelijkheidsbeginsel, nu deze termijn niet geldt noch voor het onderzoek naar het vaderschap, noch ten aanzien van alle andere kinderen die een onderhoudsvordering wensen in te stellen tegen hun vader.[64]

875. Tenslotte werd ook inzake de verkrijging van de familienaam opnieuw een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof gesteld, meer bepaald bij erkenning van een kind door een (met een andere persoon) gehuwde man, in volgende bewoordingen: "*Schendt art. 335, § 1 en § 3, eerste lid, B.W., in samenhang gelezen met art. 319bis B.W., de art. 10 en 11 G.W., in zoverre het ertoe leidt dat een kind de naam van zijn vader niet kan dragen zonder de instemming door de moeder, terwijl de afstamming van vaderszijde en die van moederszijde werden vastgesteld door gelijktijdige stappen van de vader en de moeder, waarbij deze laatste heeft ingestemd met de vaststelling van de afstamming van vaderszijde?*".[65]

---

62 Rb. Antwerpen 3 oktober 2002, *B.S.* 1 november 2002, *R.W.* 2002-03, 1190, noot T. ROBERT, "Gezags- en omgangsrechten m.b.t. het kind van een (ex-)partner van hetzelfde geslacht: stand van zaken en perspectieven".

63 *B.S.* 19 december 2002.

64 *B.S.* 10 maart 2003.

65 *B.S.* 16 juli 2003.